

University of Groningen

Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack

Verstijlen, Frank

Published in:

Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. (2014). Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack. In *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod: Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2014* (blz. 13-65). Paris.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Hoofdstuk 1

Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen^{*}

^{*} Prof. mr. F.M.J. Verstijlen is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en als advocaat verbonden aan NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

DEEL I. TO PRE-PACK OR NOT TO PRE-PACK

1.1 Inleiding

De ‘pre-pack’ is een weinig vastomlijnd begrip.¹ De concepttoelichting voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: concept-MvT) lijkt daaronder te verstaan ‘een voorafgaand aan de faillietverklaring met betrokkenheid van de beoogd curator voorbereide en na de faillietklaring geëffectueerde doorstart’.²

In zijn nog prille bestaan, is de pre-pack een splijtzwam in het insolventierecht gebleken. Is hij volgens sommigen een waardevolle toevoeging aan het insolventierecht, die bijdraagt aan waarde maximalisatie en behoud van ondernemingen en werkgelegenheid, volgens anderen vertegenwoordigt hij het slechtste van het insolventierecht, waarmee de toch al beperkte waarborgen van het faillissement worden omzeild en de schuldenaar de gelegenheid wordt geboden in achterkamertjes activa voor een habbekrats naar een *puppet company* weg te sluisen.

De pre-pack houdt niet alleen in Nederland de gemoederen bezig. Hij past in een internationale trend van toenemende aandacht voor de fase vóór de opening van een formele insolventieprocedure. De grenzen tussen de insolventieprocedures en buitengerechtelijke herstructureringsprocedures vervagen. Nieuwe ‘mildere’ procedures worden geïntroduceerd, al dan niet als voortraject voor de traditionele insolventieprocedures; buitengerechtelijke arrangementen worden gecombineerd met formele procedures.

We begeven ons met de pre-pack op de grens tussen praktijk en wetenschap, ‘gewoon’ privaatrecht en insolventierecht, solventie en insolventie. De pre-pack voltrekt zich ‘in the shadow of insolvency’; de betrokken partijen – schuldenaar, ‘beoogd curator’ en ‘beoogd rechter-commissaris’ – treden op op een moment dat insolventie al is ingetreden of imminent is, zonder dat het mechanisme van een insolventieprocedure beschikbaar is om de daaraan verbonden problemen in goede banen te leiden. De normale regels van het privaatrecht vinden toepassing, waarbij de (dreigende) insolventie evenwel een zeer relevante factor is. Dat privaatrecht moet een kernfunctie van het recht vervullen: het beschermen van de zwakkere en het verdelen van schaarste.

Alle reden om de pre-pack nader onder de loep te nemen.

Dit preadvies bestaat uit drie delen. Dit eerste deel behandelt de opmars van de pre-pack. De oorsprong en de verscheidenheid van de pre-pack worden in kaart gebracht. In dat kader komt het recht in de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Nederland aan de orde. Ik besteed ook aandacht aan de kritiek op de pre-pack en de voordelen die eraan worden toegeschreven en maak de balans op van wenselijkheid van het instrument. In deel II richt ik het

1. Stephanie Ben-Ishai & Stephen J. Lubben, ‘Sales or Plans: A Comparative Account of the “New” Corporate Reorganization’, 56 *McGill L.J.* 591 (2011), p. 593, spreken van ‘a term which has developed a wealth of meanings’.
2. Het consultatiedocument is te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Aldaar wordt op p. 8 vermeld: ‘In navolging van de Engelse regeling, waarbij een doorstart na faillissement door een “administrator” voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid, wordt deze oplossing in de praktijk ook wel aangeduid met de term “pre-pack”.’ Ik laat daar dat in Engeland van een ‘regeling’ in eigenlijke zin geen sprake is en er vóór de ‘faillietverklaring’ c.q. *administration* nog geen *administrator* is.

vizier op de chronologie van de pre-pack in Nederland, van het verzoek dat de pre-pack inleidt tot de afloop ervan. In het derde en laatste deel staat de rechtspositie van (het belangrijkste deel van) de onderscheidene betrokkenen centraal: de schuldenaar, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris, de werknemers en de zogenaamde 'pre-packcrediteuren'.

1.2 De opmars van de pre-pack

1.2.1 Verenigde Staten van Amerika

De opmars van de pre-pack begint in de VS, het gidsland bij uitstek op het terrein van het insolventierecht. Het instituut doet volgens de overlevering zijn intrede in 1986, met de pre-pack van Crystal Oil.³

De *pre-packaged reorganization* heeft in de VS de vorm van een *reorganization plan* waarover reeds voor de opening van een reorganisatieprocedure op de voet van *Chapter 11* wordt onderhandeld of zelfs gestemd.⁴ Op deze manier kan tijdswinst worden geboekt. *Chapter 11* kent een periode van in beginsel 120 respectievelijk 180 dagen waarin de schuldenaar exclusief een *plan* kan voorstellen en proberen aanvaard te krijgen.⁵ Indien de instemming van voldoende schuldeisers al voor de opening is verkregen,⁶ kan de periode waarin de schuldenaar aan een formele procedure is onderworpen aanzienlijk worden verkort. Zo wordt een gemiddelde duur voor het verblijf in *Chapter 11* in pre-packs gemeld van 1,9 maanden, tegen 20,4 of 30 maanden — de cijfers verschillen — in traditionele *Chapter 11*-procedures.⁷

3. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 136, die evenwel vermelden dat de techniek volgens sommigen bij kleinere ondernemingen al eerder werd gebruikt.
4. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 138 en Lijie Qi, 'The rise and fall of pre-packaged corporate rescue on both sides of the Atlantic', *Insolv. Int.* 2007, 20(9), 129-136, p. 132. Anderen beperken het begrip tot de situatie dat de stemming vóór de opening van de procedure heeft plaatsgevonden en spreken voor de gevallen dat slechts onderhandelingen hebben plaatsgevonden van 'pre-arranged' of 'pre-negotiated cases'. Zie bijv. Stephen J. Lubben, 'The direct costs of corporate reorganization: an empirical examination of professional fees in large Chapter 11 cases', 74 *Am. Bankr. L.J.* 509 (2000), p. 516 en John D. Ayer, Michael L. Bernstein & Jonathan Friedland, 'Out-of-court workouts, prepacks and pre-arranged cases: a primer', 24-APR *Am. Bankr. Inst. J.* 16 (2000).
5. 11 USC § 1121.
6. 11 USC § 1126(b) biedt de mogelijkheid van een stemming vóór de opening van de procedure: '(b) For the purposes of subsections (c) and (d) of this section, a holder of a claim or interest that has accepted or rejected the plan before the commencement of the case under this title is deemed to have accepted or rejected such plan, as the case may be, if (1) the solicitation of such acceptance or rejection was in compliance with any applicable nonbankruptcy law, rule, or regulation governing the adequacy of disclosure in connection with such solicitation; or (2) if there is not any such law, rule, or regulation, such acceptance or rejection was solicited after disclosure to such holder of adequate information, as defined in section 1125(a) of this title.'
7. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 131-143. Het betreft 'pre-voted plans'. De tijdsduur voor 'post-voted plans' is 6,0 maanden. Indien het voortraject wordt meegenomen — dat wil zeggen, de tijd tussen de aankondiging van een herstructurering tot *confirmation* van het *plan* — is het verschil minder groot: 21,6 maanden voor alle pre-packs (pre- en post-voted) en 28,5 maanden voor traditionele procedures.

Ook de directe kosten zouden minder zijn: 1,85% van de (boek)waarde van de activa voor pre-pack tegen 2,8% bij traditionele procedures.⁸

Op de keper beschouwd, verschilt deze vorm van een pre-pack niet vreselijk veel van een reguliere procedure: het, al dan niet vooraf aangenomen, *plan* moet nog steeds door de rechter van een *confirmation* worden voorzien, met alle waarborgen die daarin liggen besloten.⁹

Een aan de pre-pack verwante discussie betreft de zogenaamde '363-sale', waarmee, net als met een *pre-packaged reorganization plan*, tijdwinst kan worden geboekt.¹⁰

11 USC § 363 schept de mogelijkheid dat de onderneming niet volgens een door de schuldeisers aanvaard *plan* wordt gereorganiseerd (of overgedragen), maar voortijdig op grond van (slechts) een rechterlijke beslissing aan een derde wordt overgedragen. Schuldeisers worden van het voornemen van zo'n '363-sale' op de hoogte gesteld en kunnen daartegen bezwaren aanvoeren, in welk geval een zitting plaatsvindt. Een dergelijke overdracht kan natuurlijk worden voorbereid vóór de opening van de procedure van *Chapter 11*,¹¹ maar dat speelt in de discussie geen rol; het gaat erom dat de overdracht wordt gerealiseerd buiten het kader van een *plan*. De drijvende kracht van deze '363-sales' is ook niet de wens de doorstart in kunnen en kruiken te hebben voordat de buitenwereld weet heeft van de financiële problemen, maar het gaat er veeleer om de activa relatief snel — zonder de omslachtige procedurele verwickelingen van de reguliere *plan procedure* — en 'free and clear' te kunnen vervreemden.¹²

De '363-sale' is niet vrij van kritiek.¹³

1.2.2 Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder Engeland¹⁴

Een grotere invloed op de ontwikkelingen in Nederland heeft de Engelse pre-pack, die als inspiratie diende voor het voorontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen.

8. Zie Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 143-144. Zie evenwel Stephen J. Lubben, *Measuring The Costs Of Chapter 11 Cases* (diss. Groningen), 2010, p. 50 en dezelfde, 'What we "know" about Chapter 11 cases is wrong', 17 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 141 (2012), p. 178, die opmerkt dat in de genoemde cijfers slechts de kosten gedurende de toepassing van *Chapter 11* zijn opgenomen en concludeert: 'Prepackaged cases are only "cheaper" chapter 11 cases in the sense that the fees recorded after the petition is filed are lower.'

9. Zie 11 USC § 1128 en 1129.

10. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23, paragraaf 3.

11. Zie Shinjiro Takagi, 'Recent Developments of Restructuring Schemes and Practices in the Western Developed Countries and Inauguration of the East Asian Association of Insolvency and Restructuring', 2012 *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency* 4, onder het (vette) kopje 'Stalking Horse Bidding'.

12. Zie Jason Brege, 'An efficiency model of section 363(b) sales', 92 *Va. L. Rev.* 1639 (2006), p. 1648-1649, Lijie Qi, 'The rise and fall of pre-packaged corporate rescue on both sides of the Atlantic', *Insolv. Int.* 2007, 20(9), 129-136 en Stephanie Ben-Ishai & Stephen J. Lubben, 'Sales or Plans: A Comparative Account of the "New" Corporate Reorganization', 56 *McGill L.J.* 591 (2011), p. 596-597. De verkrijging 'free and clear' beschermt de verkrijger van aanspraken — ook die *in personam* — die het toepasselijke materiële recht in het leven kunnen roepen. Zie daarover — kritisch — Patrick M. Birney, 'Section 363 Sale Orders: May Sales Be Made Free and Clear of Successor Liability Claims?', 22 *J. Bankr. L. & Prac.* 4 Art. 4 (2013).

13. Zie paragraaf 1.3.

14. De pre-pack is bekend in alle vier de landen van het Verenigd Koninkrijk. Ik refereer hieronder slechts aan Engeland, maar dezelfde of vergelijkbare regelgeving geldt in Wales, Schotland en Noord-Ierland.

mingen I (hierna: WCO I).¹⁵ In Engeland betreft het een informeel arrangement, dat niet als zodanig in wetgeving is geregeld. Graham hanteert in haar in opdracht van de ‘Secretary of State for Business, Innovation and Skills’ vervaardigde rapportage (hierna: ‘Graham Review’)¹⁶ de werkdefinitie:¹⁷

‘Arranging the sale of all or part of a company’s undertaking before formal insolvency is entered, with the sale to be executed at or soon after the appointment of an administrator.’

In deze definitie ontbreekt het element van de betrokkenheid bij de voorbereiding van de later als *administrator* aan te stellen persoon, maar die betrokkenheid is er vaak wel; zij vormt een van de zorgpunten van de Engelse pre-pack.¹⁸ Een zekerheidsgerechtigde of de schuldenaar kan zelf een *administrator* aanstellen en de desbetreffende persoon dus ook in het voorstadium inschakelen.¹⁹ De ongesecurerde schuldeisers noch de rechter komen eraan te pas; ook niet als gedurende de *administration* uitvoering wordt gegeven aan de overdracht.²⁰

Er bestaat aldus een spanningsveld tussen de rol van de *administrator*, die het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet behartigen en de bemoeienissen van dezelfde persoon vóór de opening van de *administration* c.q. diens aanstelling als zodanig. Het instituut pre-pack wordt stevig bekritiseerd.²¹ Om aan deze kritiek tegemoet te komen, hebben de regulerende autoriteiten het Statement of Insolvency Practice 16 (hierna: SIP 16) het licht doen zien,²² met daarin vooral verslagleggingsverplichtingen. Het SIP 16 betekende — zoals in paragraaf 1.3 nog aan de orde komt — niet het eind van de discussie.

15. Zie p. 8-9 concept-MvT.

16. Teresa Graham CBE, ‘Graham Review into Pre-pack Administration’, Report to The Rt Hon Vince Cable MP, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

17. P. 14. In dezelfde zin de definitie onder 1 van het hierna te noemen Statement of Insolvency Practice 16 (versie 1 november 2013), te raadplegen via [www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_\(effective_from_1_November_2013\).pdf](http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_(effective_from_1_November_2013).pdf) (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Zie ook Peter Walton, ‘Pre-packaged administrations — trick or treat?’, *Insolv. Int.* 2006, 19, 113, p. 114 en Vanessa Finch, ‘Pre-packaged administrations: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?’, *J.B.L.* 2006, Sep., 568, p. 569-570 en Kate Creighton-Selway, ‘Pre-packaged administrations: an empirical social rights analysis’, *I.L.J.* 2013, 42(2), 85-121, p. 86.

18. Zie Vanessa Finch, ‘Pre-packaged administrations: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?’, *J.B.L.* 2006, Sep., 568, p. 573-574, Lijie Qi, ‘The rise and fall of pre-packaged corporate rescue on both sides of the Atlantic’, *Insolv. Int.* 2007, 20(9), 129-136, p. 134; Peter Walton, ‘When is pre-packaged administration appropriate? — a theoretical consideration’, (2011) 20 *Nott L.J.* 1, p. 12-13 en Bo Xie, ‘Regulating pre-packaged administration — a complete agenda’, *J.B.L.* 2011, 5, 513-527, p. 522-524.

19. Zie s. 14 resp. 22 Insolvency Act 1986, Schedule B1.

20. Zie onder meer *In re T. & D. Industries Plc. and Another* [2000] 1 *W.L.R.* 646, volgens welke de *administrator* zonder rechterlijke betrokkenheid en voorafgaand aan de crediteurenvergadering die zich volgens s. 24 Insolvency Act 1986 moet uitspreken over voorstellen van de *administrator*, mag beschikken over ‘some or even all of the assets’. In dezelfde zin *In re Transbus International Ltd* [2004] 1 *W.L.R.* 2654. Uit deze uitspraken blijkt overigens niet dat daar sprake was van een pre-pack. Zo’n pre-pack was wel expliciet aan de orde in *DKLL Solicitors v. HM Revenue & Customs* [2007] *B.C.C.* 908, waarin de rechter de verzochte *administration order* gaf en aldus medewerking gaf aan de uitvoering van de pre-pack, zelfs tegen de wil van een meerderheidsschuldeiser die de voorstellen van de *administrator* in een crediteurenvergadering zou kunnen wegstemmen.

21. Zie over deze kritiek en de naar aanleiding daarvan ondernomen actie paragraaf 1.3.

22. Zie noot 17.

1.2.3 Frankrijk

In Frankrijk is het faillissementsrecht sinds jaar en dag sterk gericht op het behoud van de onderneming, althans de ondernemingsactiviteiten. Reeds de *Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, noemde in art. 1, al. 1 als doel van de procedure ‘la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif’.²³ In de daaropvolgende decennia was sprake van een permanente herziening van het faillissementsrecht, met toenemende aandacht voor de periode voordat er sprake is van een faillissementstoestand (‘cessation des paiements’).

De huidige *procédure de sauvegarde* staat open voor de schuldenaar met ‘difficultés qu’il n’est pas en mesure de surmonter’ en heeft tot doel ‘faciliter la réorganisation de l’entreprise afin de permettre la poursuite de l’activité économique, le maintien de l’emploi et l’apurement du passif’.²⁴ De Franse verschijningsvorm van de pre-pack is gericht op deze procedure.

Alvorens deze zogenaamde *procédure de sauvegarde accélérée* te behandelen, is het nodig in te gaan op twee rechtsfiguren die nog vroeger in het voorstadium kunnen worden ingezet.

Mandataire ad hoc

Volgens art. L611-3 Code de Commerce kan ‘[l]e président du tribunal (...), à la demande d’un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission’. Het betreft de codificatie van een in de praktijk gegroeide rechtsfiguur.²⁵ De *mandataire ad hoc* wordt dus aangesteld op verzoek van de schuldenaar. Dat verzoek kan geschieden met het oog op bijvoorbeeld conflicten binnen de onderneming, problemen met een leverancier of financiële perikelen.²⁶ De hem door de *président* gegeven opdracht kan bijvoorbeeld zijn het onderzoeken van de mogelijkheden van een vergelijk of het daarover met schuldeisers onderhandelen.

De wetgever heeft het aantrekkelijk voor de schuldenaar gemaakt door de hulp van een *mandataire ad hoc* in te roepen.²⁷ De schuldenaar behoudt zijn bevoegdheden; de *mandataire ad hoc* beschikt niet over dwangmiddelen, maar moet het hebben van zijn overtuigingskracht.²⁸ Hij wordt van zijn taak ontheven op verzoek van de schuldenaar.²⁹ Hij heeft een *obligation de confidentialité* en aan zijn aanstelling wordt geen publiciteit gegeven.³⁰

Het instituut is succesvol gebleken in de praktijk; vaak gaat de aanstelling van een *mandataire ad hoc* vooraf aan een *procédure de conciliation* of de al genoemde *procédure de sauvegarde*.³¹

23. Zie thans art. L631-1 Code de Commerce.

24. Art. L626-1 Code de Commerce.

25. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 307.

26. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 308.

27. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 307.

28. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 309.

29. Art. R611-21 Code de Commerce: ‘Lorsque le débiteur en fait la demande, le président du tribunal met fin sans délai à la mission du mandataire ad hoc.’

30. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 313.

31. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 313.

Procédure de conciliation

De *procédure de conciliation* is een procedure die is gericht op de redding van de onderneming door middel van een akkoord met (een deel van) de schuldeisers.³² De procedure wordt geopend door de *président du tribunal* op verzoek van de schuldenaar,³³ maar is gericht op een contractueel arrangement.³⁴ Voorwaarden voor opening zijn dat de schuldenaar een commerciële of ambachtelijke activiteit of een onafhankelijk beroep uitoefent en dat hij in juridische, economische of financiële mogelijkheden verkeert of voorzienbaar is dat hij daarin zal komen te verkeren, zonder dat al langer dan 45 dagen sprake is van een materiële faillissementstoestand;³⁵ voorts wordt wel een impliciete voorwaarde ingelezen dat de mogelijkheid bestaat dat de desbetreffende onderneming kan worden gered.³⁶

Een *conciliateur* wordt aangesteld, hetgeen evenwel geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van de schuldenaar. Hij heeft als taak ‘de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d’un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l’entreprise’.³⁷ Maar, sinds 1 juli 2014, ‘[i]l peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d’une mission ayant pour objet l’organisation d’une cession partielle ou totale de l’entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d’une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire’.

Een akkoord hoeft niet aan alle schuldeisers te worden aangeboden of door alle schuldeisers te worden aanvaard. De totstandkoming ervan geschiedt op basis van vrijwilligheid; het bindt slechts degenen die het hebben aanvaard. Er is geen ‘cram down’. Het hoeft ook niet te worden gehomologeerd. Het wordt ‘geconstateerd’ door de *président du tribunal*, die het ook executoriale kracht geeft.³⁸ Homologatie is wel mogelijk, mits de schuldenaar niet (meer) in een faillissementstoestand verkeert, het voortbestaan van de ondernemingsactiviteiten is verzekerd en geen afbreuk wordt gedaan aan de belangen van degenen die het niet hebben aanvaard.³⁹ Homologatie heeft bepaalde voordelen, onder meer op het terrein van (het equivalent van) de faillissementspauliana en de rang van degenen die ‘nieuw geld’ inbrengen.⁴⁰

32. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 314.

33. Art. L611-6 Code de Commerce.

34. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 314: ‘Fondamentalement, l’accord amiable est une convention de droit privé, un acte collectif, marqué d’intuitu personae et à caractère onéreux.’

35. Zie art. L611-4 en art. L611-5.

36. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 8e édition, 2013, nr. 317 en 322. Zij acht dit besloten liggen in art. L611-6 en art. 611-7 Code de Commerce, waar wordt opgemerkt dat het verzoekschrift van de debiteur ‘exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d’y faire face’ respectievelijk dat de *conciliateur* de totstandkoming van een akkoord dient te bevorderen ‘destiné à mettre fin aux difficultés de l’entreprise’.

37. Art. L611-7 Code de Commerce. Aldaar is ook bepaald dat hij voorstellen kan doen voor het behoud van de onderneming(sactiviteiten) en werkgelegenheid.

38. Art. L611-8, al. 1 Code de Commerce.

39. Art. L611-8, al. 2 Code de Commerce.

40. Zie art. L631-8, al. 2 resp. art. L611-11 Code de Commerce.

De ‘*prépack à la française*’:⁴¹ *procédure de sauvegarde accélérée*

De Franse variant van de pre-pack sluit aan bij de *procédure de conciliation*. Indien een akkoord niet tot stand komt, kan de *procédure de sauvegarde* worden versneld, de zogenaamde *procédure de sauvegarde accélérée*. Zij staat slechts open voor grote(re) ondernemingen;⁴² en de gedachte is dat het ‘l’accord prénégocié en conciliation’ bij wijze van *plan* — mits dat is gericht op het behoud van de onderneming — wordt voorgelegd aan (een deel van) de schuldeisers, verenigd in ‘comités’.⁴³ Die *comités* bestaan (slechts) uit, kort gezegd, kredietinstellingen respectievelijk de belangrijkste leveranciers. Ook de obligatiehouders worden verenigd, in een ‘assemblée générale’, die zich over het *plan* kan uitspreken.⁴⁴ Het voordeel ten opzichte van de *procédure de conciliation* is dat in het kader van de *procédure de sauvegarde accélérée* een twee derde meerderheid volstaat om het *plan* aangenomen te krijgen.⁴⁵

Hoewel slechts de bedoelde kredietinstellingen, leveranciers en obligatiehouders door het akkoord worden gebonden, heeft de *procédure de sauvegarde accélérée* — evenals de gewone *procédure de sauvegarde* — ook gevolgen voor (bijna) alle andere schuldeisers.⁴⁶ Ook zij mogen door de schuldenaar niet langer betaald worden, verliezen hun individuele executiemiddelen en moeten hun vorderingen ter verificatie indienen; zij kunnen evenwel, anders dan bij een *plan* in een ‘gewone’ *procédure de sauvegarde*, geen betalingsuitstel opgedrongen krijgen.⁴⁷

In de *procédure de sauvegarde accélérée* wordt de *conciliateur* in beginsel als *administrateur judiciaire* of *mandataire judiciaire* aangesteld.⁴⁸ Het tijdsbestek is in beginsel drie maanden; indien het *plan* slechts wordt voorgelegd aan kredietinstellingen en obligatiehouders — in de zogenaamde *procédure de financière sauvegarde accélérée* — is het tijdsbestek zelfs slechts één maand.⁴⁹

Sinds 1 juli 2014 is ook voorzien in de mogelijkheid van een pre-pack die een overdracht van (een deel van) de onderneming inhoudt. In het verlengde van de zojuist genoemde uitgebreide taakopdracht van de *conciliateur*, kan in een *liquidation judiciaire* die volgt op een mislukte *procédure de conciliation*, de rechtbank besluiten geen termijn te bepalen voor het doen van biedingen, maar een bod aan de *conciliateur* in een *plan de cession* neer te leggen.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor een bod aan de

41. In deze termen Philippe Roussel Galle, ‘Adoption du plan de la première accélérée’, JCP E 2013, 1326, over een voorloper van de huidige *procédure de sauvegarde accélérée*.

42. Volgens art. D628-3 Code de Commerce moet sprake zijn van ‘vingt salariés, 3 000 000 euros de chiffre d’affaires hors taxe et 1 500 000 euros pour le total du bilan’. Die eisen zijn aanmerkelijk minder zwaar dan voorheen. Zie daarvoor Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 925.

43. Zie art. L628-4 jo. art. L626-29 e.v. Code de Commerce. Tot 1 juli 2014 werd het *plan* slechts voorgelegd aan kredietinstellingen en obligatiehouders in de zogenaamde *procédure de financière sauvegarde accélérée*. Zie daarover Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 928.

44. Zie L626-32 Code de Commerce.

45. Zie art. L626-30-2 en art. L626-32 Code de Commerce.

46. Art. L628-6 Code de Commerce. Werknemers worden niet door deze procedure getroffen. Zie ook Gérard Notte, ‘Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives; Ord. no 2014-326, 12 mars 2014’, JCP E 2014, 230 en Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, JCP E 2014, 1223.

47. Art. L628-8, al. 3 jo. art. L626-18 Code de Commerce.

48. Art. L628-3 Code de Commerce. Beide functionarissen vervullen functies die vergelijkbaar zijn met die van onze curator.

49. Art. L628-8 jo. art. L628-10 Code de Commerce.

50. Art. L642-2 Code de Commerce.

eerdergenoemde *mandataire ad hoc*. De wetgever heeft daarbij voorzien dat dit ‘pouvait avoir pour effet de substituer un processus de sélection opaque au processus public inhérent à la procédure collective’; reden waarom is bepaald dat het openbaar ministerie hierover dient te adviseren.⁵¹

1.2.4 Nederland

De Nederlandse pre-pack is beïnvloed door de ontwikkelingen in het buitenland, maar niet in sterke mate. Het buitenlandse recht vormde een bron van inspiratie, zonder dat een van de hiervoor geschetste varianten als zodanig voor het Nederlandse recht is overgenomen. Daarvoor verschillen de desbetreffende rechtsstelsels te veel.

De stoot tot de Nederlandse pre-pack gaf Tollenaar in een publicatie uit 2011.⁵² Hij schetste daarin de voordelen van de Amerikaanse en de Engelse pre-pack en riep de Nederlandse faillissementsrechters op dit concept te omarmen. Tollenaars pleidooi viel in vruchtbare aarde, in kringen van het parket,⁵³ maar ook bij degenen aan wie hij zijn pleidooi in eerste instantie richtte: de faillissementsrechters.⁵⁴ Het gros van de rechtbanken in Nederland pleegt medewerking aan een pre-pack te geven. Doet een rechtbank dat, dan geeft zij aan wie zij voornemens is als curator aan te stellen, al dan niet met een verkapte taakopdracht, waarna deze persoon in de aanloop van een faillissements(aanvraag) wordt betrokken bij de voorbereiding van een doorstart, die na de faillietverklaring wordt gefinaliseerd, alles zonder dat daarvoor een specifieke wettelijke basis bestaat.

Ten slotte is ook de wetgever ingenomen voor de pre-pack. Hij deed een voorontwerp het licht zien bij wijze van consultatiedocument.⁵⁵ Inmiddels is het voorontwerp tot een wetsvoorstel geworden, dat voor advies aan de Raad van State is voorgelegd.⁵⁶

Het is ten tijde van de sluitingsdatum voor dit preadvies nog niet openbaar.

In het volgende deel komt de Nederlandse pre-pack in meer detail aan de orde, waarbij ik telkens eerst op het huidige recht inga en vervolgens op het voorontwerp. Maar eerst is aandacht op zijn plaats voor de wenselijkheid van het instituut ‘pre-pack’ als zodanig.

1.3 To pre-pack or not to pre-pack

De zegetocht van de pre-pack is niet zonder weerstand gebleven. De kritiek richt zich in grote lijnen op het omzeilen van de waarborgen die de reguliere insolventieprocedure biedt en — meer in het bijzonder — het gebrek aan transparantie. De kritiek is dan ook heviger naar mate de verschillen tussen de pre-pack en de reguliere insolventieprocedure groter zijn.

51. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

52. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23.

53. J.L.R.A. Huydecoper, ‘Pre-pack-liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?’, *Tvl* 2013/5. Deze advocaat-generaal schreef — natuurlijk — op persoonlijke titel.

54. Zie paragraaf 1.4.1.

55. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

56. Zie de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 15 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, 5, p. 4.

Betrekkelijk mild is de kritiek in de Verenigde Staten, waar, zoals gezegd, een *pre-packaged reorganization plan* in wezen een regulier *plan* is waarover vóór de opening van de *Chapter 11*-procedure wordt onderhandeld en/of gestemd, maar dat, net als een ‘gewoon’ *reorganization plan* de procedure van *confirmation* moet doorlopen. De kritiek richt zich vooral op de hiervoor behandelde ‘363-sale’, die niet specifiek de pre-pack betreft maar zich ook in een onvoorbereide procedure *ex Chapter 11* kan voordoen.

Deze ‘363-sale’ wordt wel gezien als een verkapte ‘foreclosure’ door gesecureerde schuldeisers, die onder het regime van *Chapter 11* worden getroffen door de ‘automatic stay’, maar in de praktijk wegen hebben gevonden om de schuldenaar te sturen in de richting van een ‘363-sale’.⁵⁷ Deze route ontnemt de schuldeisers de beslissingsmacht die zij onder de reguliere procedure hebben. Zij zou zich lenen voor manipulatie en leiden tot minder hoge opbrengsten dan wanneer de onderneming zou reorganiseren op basis van een *plan*.⁵⁸ De rechter die over de ‘363-sale’ oordeelt, pleegt een valide reden vereist te stellen voor zo’n verkoop, aanvankelijk bestaande uit een ‘emergency’, later afgezwakt tot een ‘business justification’.⁵⁹ Die ‘business justification’ wordt niet slechts gerelateerd aan de verkoop als zodanig maar ook wel aan de normale procedure: is het gerechtvaardigd dat de regels en eisen van de reguliere procedure worden omzeild.⁶⁰

Ook in Frankrijk is relatief weinig kritiek op de *procédure de sauvegarde accélérée*, waarmee in wezen de gewone procedure wordt doorlopen, alleen sneller. In het kader van de mogelijkheid tot een ‘pre-packaged’ *plan de cession* wordt opgemerkt dat deze ‘n’ont pas toujours été citées en modèles d’opérations loyales et respectueuses des intérêts en présence’.⁶¹ De rechter wordt aangespoord tot voorzichtigheid bij het gebruik van de bevoegdheid ‘qui leur est ainsi donné de “court-circuiter” le processus normal de sélection des offres’.

In Engeland krijgen *pre-packaged administrations* sinds jaar en dag een slechte pers. Ze zouden lijden aan een gebrek aan transparantie, de belangen van de schuldeisers onvoldoende beschermen en concurrentievervalsend werken. De House of Commons

57. Zie Stephen J. Lubben, ‘No big deal: the GM and Chrysler cases in context’, 83 *Am. Bankr. L.J.* 531 (2009), p. 535-536 en Stephanie Ben-Ishai & Stephen J. Lubben, ‘Sales or Plans: A Comparative Account of the “New” Corporate Reorganization’, 56 *McGill L.J.* 591 (2011), p. 598-599 en vgl. In re Gulf Coast Oil, 404 B.R. 407 (Bankr. S.D. Tex. 2009), p. 428: ‘In this case, the essence of the proposed transaction is a foreclosure supplemented materially by a release, by assignment of executory contracts (but only the contracts chosen by the secured lender), by a federal court order eliminating any successor liability, and by preservation of the going concern. Congress provided a process by which these benefits could be obtained. That scheme requires bargaining, voting, and a determination by the Court that Bankruptcy Code § 1129 requirements are met. The Court sees no authority to provide the benefits of the Congressional scheme in this case without compliance with Congressional requirements.’
58. Lynn M. LoPucki & Joseph W. Doherty, ‘Bankruptcy fire sales’, 106 *Mich. L. Rev.* 1 (2007), rapporteren (op p. 3-4 en p. 44) dat een verkoop gemiddeld 35% van de boekwaarde zou realiseren, terwijl een reorganisatie meer dan het dubbele zou opleveren. Hun analyse is niet onweersproken gebleven. Zie Jared A. Wilkerson, ‘Defending the current state of section 363 sales’, 86 *Am. Bankr. L.J.* 591 (2012).
59. Zie vooral In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063 (2d Cir. 1983). Zie voorts Jason Brege, ‘An efficiency model of section 363(b) sales’, 92 *Va. L. Rev.* 1639 (2006), p. 1650-1653 en Jared A. Wilkerson, ‘Defending the current state of section 363 sales’, 86 *Am. Bankr. L.J.* 591 (2012), p. 600.
60. In re Gulf Coast Oil, 404 B.R. 407 (Bankr. S.D. Tex. 2009), p. 423. Stephen J. Lubben, ‘No big deal: the GM and Chrysler cases in context’, 83 *Am. Bankr. L.J.* 531 (2009), p. 533-535, wijst op wisselende rechtspraak in de verschillende ‘circuits’.
61. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

Business and Enterprise Committee rapporteerde in het ‘Sixth Report of Session 2008-09’ op basis van onder meer in hoorzittingen afgelegde verklaringen.⁶²

‘There is, however, evidence that unsecured creditors fare worse during a pre-pack, recovering 1% of their debts on average compared to 3% as part of a standard business sale. Moreover, there are suggestions that pre-pack administrations adversely affect competitors, who will continue to carry costs which the phoenix company has shed. Criticisms of pre-packs are at their sharpest where existing management buy back the business following private negotiations with an insolvency practitioner and then continue to trade clear of the original debts through a new “phoenix” company. This means that unsecured creditors are initially kept in the dark and then left empty handed. The phoenix company may also have some advantage over competitors who honour their financial obligations. The anecdotal evidence in media reports and confidential letters to the Committee suggest that “phoenix” pre-packs affecting smaller companies with high levels of unsecured trade creditors cause particular concern and are more likely to damage the supplier base without corresponding broader benefits to the overall economy.’

De kritiek is — het komt naar voren in het citaat — op zijn hevigst in die gevallen waarin de pre-pack inhoudt dat de onderneming aan een ‘connected party’ wordt overgedragen (‘phoenixing’). Illustratief is een van de verklaringen die ten grondslag lagen aan het zojuist bedoelde rapport, van Jonathan Williams, eigenaar en bestuurder van een transportbedrijf, die over een bepaald geval opmerkt.⁶³

‘The facts of the case were as follows: At the end of January a company called Bulmers Logistics went into pre-pack administration and re-emerged the following day, with the same management team, trading as Bulmers Transport.

(...)

Pre-pack administration has prevented other transport operators benefiting from Bulmers’ demise, to help them in difficult market conditions, but most concerning, it has propped up a failed business and actually placed it in a more advantageous position to compete against other operators, which is not what pre-packaged administration is designed to do.

I find it incredible that the directors have been allowed to set up overnight and recommence trading as if nothing had happened at all. Given these circumstances, how is it that a failed business and management team is able to effectively continue to operate without first a rigorous assessment of its viability and assurances that the same management team will not leave a further trail of liabilities in its wake?

(...)

62. P. 11, te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmberr/198/198.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Voetnoten en accentueringen zijn in het citaat verwijderd.

63. Bijlage 53 van het zojuist bedoelde rapport.

In a case like Bulmers, pre-pack sends out absolutely the wrong message. It makes a mockery of professionally run companies who work exceptionally hard to create sustainable businesses only to find they are competing with organisations that can potentially behave recklessly, walk away from their obligations to creditors and make a comeback with no obvious restrictions or changes in management. This is a practice that should only be available to companies that pass the most stringent viability tests, otherwise we're opening the floodgates for all to jump on this bandwagon. (...) I know I'm not alone in reaching the conclusion that for the owner to state in his press release that he is leading a management buyout and to purchase his business for £ 1, leaving behind £ 10m debts, is an offence to any company trying to succeed in these very difficult times and pre-pack has enabled him to do it.⁶⁴

Het antwoord op de kritiek is het al genoemde SIP 16, dat de *administrator* verplicht verslag uit te brengen over zijn rol voorafgaand aan zijn aanstelling als zodanig, de redenen voor de keuze voor een pre-pack, andere in overweging genomen handelwijzen, de wijze waarop contact is gelegd, marketinginspanningen, taxatie, de kopende partij, diens relatie tot de schuldenaar enz.

Het heeft de kritiek niet kunnen doen verstommen. Wetgeving werd aangekondigd, maar ook weer afgeblazen.⁶⁵ De regering gaf opdracht tot een review van de pre-packpraktijk. De 'Graham Review' verscheen afgelopen juni en is overwegend positief. Pre-packs sparen werkgelegenheid,⁶⁶ zijn goedkoper dan reguliere procedures,⁶⁷ hebben — gecorrigeerd voor beeld verstorende factoren — een hogere slagingskans dan 'gewone' *administrations*.⁶⁸ Van andere orde: het soepele insolventieregime heeft in internationaal verband een wervende kracht en brengt economisch voordeel.⁶⁹

64. Met Bulmers Transport lijkt het overigens niet goed te zijn afgelopen. Uit berichtgeving in *The Northern Echo* van 7 februari 2011, 'Bulmers Transport boss devastated over redundancies', te raadplegen via www.thenorthernecho.co.uk/news/8836588.Boss_devastated_over_firm_s_redundancies/ (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), begrijp ik dat het bedrijf twee jaar later alsnog (of: nogmaals) over de kop is gegaan.

65. Zie het 'written ministerial statement' van 26 januari 2012, te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/cm201212/cmhansrd/cm120126/wmstext/120126m0001.htm (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

66. Aldus p. 24-25 'Graham Review', in voorzichtige bewoordingen.

67. P. 26.

68. P. 33-35 en 51. Duidelijkheidshalve: de kans dat een willekeurige doorstart na een pre-pack slaagt is *kleiner* dan bij een gewone *administration*, maar dat komt doordat relatief meer doorstarts geschieden door gelieerde partijen en gepaard gaan met een uitgestelde betaling van (een deel van) de koopsom. Indien voor deze oververtegenwoordiging wordt gecorrigeerd, komen pre-packs gunstiger uit de bus.

69. P. 27. Dat moet niet worden overschat: 6 van de 499 in het onderzoek betrokken vennootschappen waren van buitenlandse origine waarvan er 5 tot dezelfde groep behoorden (te weten tot de 'infamous Hellas Communications group of companies', aldus het rapport van de University of Wolverhampton, Final Report to the Graham Review April 2014 prepared by Professor Peter Walton and Chris Umfreville with the assistance of Dr Paul Wilson, te raadplegen via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

Maar een deel van de kritiek wordt bevestigd: het gebrek aan transparantie,⁷⁰ ondermaatse marketingactiviteiten,⁷¹ gemankeerde taxaties,⁷² te weinig aandacht voor de levensvatbaarheid van het doorstartende bedrijf.⁷³

Per saldo is Graham positief. Zij adviseert (vooralsnog) geen wetgeving, maar ‘flankerend beleid’, zoals het creëren van een ‘pool of experienced business people’ aan wie gelieerde doorstarters hun plannen kunnen voorleggen,⁷⁴ een door deze partijen op vrijwillige basis op te stellen ‘viability review’,⁷⁵ verbetering van de marketingactiviteiten,⁷⁶ taxatie door een taxateur met aansprakelijkheidsverzekering,⁷⁷ alsmede aanpassing van het SIP 16 met het oog op de andere aanbevelingen.⁷⁸ Eerst indien deze maatregelen niet voldoende effect sorteren, beveelt Graham wetgeving aan.⁷⁹

De kritiek in Nederland echoot tot op zekere hoogte die in Engeland. Ook hier wordt geageerd tegen het gebrek aan transparantie en de risico’s van een suboptimale prijsvorming en concurrentievervalsing, met name in sectoren die onder druk staan.⁸⁰ Uitermate kritisch is de Nederlandse Orde van Advocaten in haar advies over het voorontwerp.⁸¹

‘Een faillissement gevolgd door een “doorstart” van het failliete bedrijf wordt door schuldeisers, contractspartijen (zoals verhuurders, leveranciers, afnemers) en werknemers ervaren als ontneming van hun rechten. Schuldeisers zonder zekerheidsrechten zullen in veruit de meeste gevallen niets uit het faillissement ontvangen. Het komt er op neer dat zij hun vordering verliezen. Contractspartijen verliezen hun wederpartij en werknemers hun baan zonder een behoorlijke afvloeiingsregeling. Dit alles terwijl het bedrijf (of een deel ervan) wel wordt voortgezet, vaak met dezelfde aandeelhouders en onder leiding van dezelfde directie. (...) Een dergelijke ontneming zou in de regeling van het voorontwerp in stilte (“achterkamertjes”) worden voorbereid en (zeer) kort na het uitspreken van het vaak bij verrassing uitgesproken faillissement worden gerealiseerd. Het beeld dat de bedoelde schuldeisers, contractspartijen en werknemers

70. P. 8.

71. P. 43-48, soms geheel afwezig of beperkt tot ‘enquiries made within the insolvency practitioner firm’ of bij het bestuur van de gefailleerde vennootschap.

72. P. 48.

73. P. 9.

74. P. 59-60.

75. P. 62-63.

76. P. 64-66.

77. P. 66.

78. P. 63-64 en Annex A.

79. P. 67-68. Om druk op de ketel te zetten, geeft zij de regering een ‘reserve legislative power’ in overweging, opdat snel kan worden ingegrepen indien de praktijk zich niet aanpast. In lijn hiermee wordt in de ‘Small Business, Enterprise and Employment Bill’ (onder nr. 117) voorgesteld de ‘Secretary of State’ de bevoegdheid te geven regelgeving voor (onder meer) de “sale of property [...] to a connected person” uit te vaardigen. Dit wetsvoorstel is te raadplegen via www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2014-2015/0011/15011.pdf (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014).

80. Zie onder meer B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2014, p. 190-193 en Gerhard Gispen, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: *40XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 85-86 en 89.

81. Advies d.d. 21 januari 2014, onder 2.4 en 2.5, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

van een onder de voorgestelde regeling gerealiseerde “doorstart” zullen hebben is dat zij “overnight” in een door hun schuldenaar/contractspartij/werkgever en de (beoogd) curator “bekokstoofde” opzet van al hun rechten zijn beroofd. De vraag is daarom of de voorgestelde regeling wel voldoende maatschappelijk draagvlak zal hebben.’

Het zijn terechte zorgen. Niet voor niets gaan de grote pre-packs vaak gepaard met conflicten en rechtszaken.⁸²

De tegenover deze bedenkingen staande voordelen zijn onzeker. De gedachte is dat de pre-pack de schuldenaar in staat stelt een betere prijs te bedingen. De financiële problemen liggen nog niet op straat. De onderneming gaat niet gebukt onder het odium van het faillissement en loopt minder gevaar te desintegreren onder de middelpuntvliedende krachten die er binnen het faillissement op worden uitgeoefend. Er is minder tijdsdruk om overeenstemming te bereiken en — daarmee samenhangend — de (beoogd) curator heeft meer gelegenheid een informatiepositie op te bouwen.

Maar de kracht van de pre-pack is ook zijn zwakte. De beslotenheid van de pre-pack — het ontbreken van publiciteit en de ondoorzichtigheid ervan — kunnen de opbrengst drukken.⁸³ De markt functioneert suboptimaal als het aanbod slechts aan een beperkt aantal kandidaten bekend wordt gemaakt en niet de volledige vraag wordt aangeboord. Het gevaar is nog groter indien bestuurders of aandeelhouders kandidaat zijn voor de overname. Dat gaat gepaard met belangenconflicten. Zij hebben er belang bij de kring van kandidaten zo beperkt mogelijk te houden en hun informatievoorsprong — op de andere kandidaten én de beoogd curator — kan hen in staat stellen het onderhandelingsproces te manipuleren. Het is de vraag of de beoogd curator zich hiertegen tweemaal kan stellen, te meer waar het gevaar bestaat dat hij wordt ‘ingekapseld’ in het groepsproces of in een afhankelijkheidsrelatie komt te verkeren met de schuldenaar, die zijn rekeningen moet voldoen.⁸⁴

Wat valt uit dit alles te concluderen wat betreft de wenselijkheid van de pre-pack?

82. Zie bijv. *Het Financieele Dagblad* 17 oktober 2013, p. 15, ‘Gedupeerden in actie’ (*Schoenenreus*); *Het Financieele Dagblad* 22 juli 2014, p. 12, ‘Vakbonden dagen garnalenbedrijf Heiploeg vanwege flitsfaillissement’, *Het Financieele Dagblad* 19 augustus 2014, p. 2, ‘Abvakabo FNV stapt naar de rechter over kinderopvangbedrijf Estro’.

83. Zie Peter Walton, ‘When is pre-packaged administration appropriate? — a theoretical consideration’, (2011) 20 *Nott LJ*, 1, p. 3; Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: 40*XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 86 en B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2014, p. 191-192. Vgl. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

84. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 4.14, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: 40*XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 85-86 en 89. B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2013, p. 192 heeft het zelfs over ‘een soort “Stockholmsyndroom”’ en M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Kosten’. Vgl. J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart — een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’.

Allereerst dat we onvoldoende weten voor een definitief antwoord op deze vraag. Een onderzoek als de ‘Graham Review’ ontbreekt voor Nederland.⁸⁵ Maar dit gebrek aan informatie leidt mij niet tot de conclusie dat we de pre-pack niet moeten invoeren. Er is immers evenmin reden te denken dat onvoorbereide doorstarts (of het achterwege blijven van doorstarts) leiden tot een optimaal resultaat.

Ik zou de vraag pragmatisch willen benaderen. Er is niets wat de schuldenaar zonder pre-pack niet kan doen wat hij met een pre-pack wel kan doen. Ook zonder pre-pack kan de schuldenaar de onderneming proberen te ‘vermarkten’ onder een groep die zo groot en klein is als hij zelf wil. Hij kan de onderneming overdragen aan een gelieerde partij. Hij kan ook aansturen op een bepaald onderhandelingsresultaat — bijvoorbeeld een soort van ‘putoptie’ voor een bepaalde prijs — om vervolgens het faillissement aan te vragen en de curator ervan proberen te overtuigen dat onderhandelingsresultaat over te nemen — de ‘putoptie’ uit te oefenen. Van de andere kant beschouwd, bestaan de gevaren die kleven aan de pre-pack ook in een ‘gewoon’ faillissement, al dan niet voorafgegaan door een surseance.⁸⁶ Ook dan kan de curator terechtkomen in een groepsdynamiek, gericht op het ‘redden’ van de onderneming. Belangenconflicten en informatieasymmetrie zijn gemeengoed in faillissement. En de transparantie in een doorsneefaillissement is betrekkelijk. Doorstarts plegen onder tijdsdruk, binnen dagen of weken, tot stand te komen, en het valt te betwijfelen dat het gegeven dat het faillissement is uitgesproken steeds in de gehele markt is doorgedrongen. ‘Stakeholders’ als schuldeisers of werknemers hebben niet of nauwelijks een rol en vernemen in de regel eerst achteraf van de doorstart.

Ook het argument van de concurrentievervalsing kan evengoed — misschien zelfs *a fortiori* — in stelling worden gebracht tegen een doorstart vanuit een faillissement zonder voorafgaande pre-pack. Ik moet overigens zeggen bedenkingen te hebben bij de kracht van dit argument. Ik begrijp dat het frustrerend moet zijn dat marktpartijen worden geconfronteerd met een onderneming die zich na een faillietverklaring ‘in een oogwenk’ weer in de concurrentiestrijd mengt, maar nu bevrijd van bovenmatige schulden, slechte contracten en boventallig personeel; met name in een marktsegment met overcapaciteit zal die frustratie bestaan.⁸⁷ Maar ik zie niet dat dat concurrentievervalsing is indien de doorstartende partij ‘de prijs’ voor de overgenomen onderneming betaalt, ongeacht of die doorstartende partij gelieerd is aan de gefailleerde. Marktpartijen hebben er geen aanspraak op — ook niet in

85. Naar verluidt, geeft een eerste onderzoek, uitgevoerd door L. Noordman en R. Aalbers, op basis van gesprekken met twintig betrokkenen aan dat met een pre-pack ‘een hoger rendement van 10% of meer’ wordt behaald. Zie *Het Financieel Dagblad* 7 juli 2014, p. 13, ‘Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelverkoop’.

86. Zie M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Ontbreken van de normale marktwerking bij het verkoopproces’, ‘Voordeel van de pre-pack’ en ‘De pre-pack werkt’ en J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packs en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 383 en 385.

87. In Nederland uitte Ad Doorneveld, ‘topman’ van een concurrent van Estro, soortgelijke kritiek als hiervoor (zie noot 63) geciteerd van Jonathan Williams, een concurrent van een door een pre-pack doorgestarte onderneming in de transportsector: ‘Als dit de praktijk wordt, dan gaan we een nieuwe periode in. Dan kunnen bedrijven eens in de zoveel jaar even een “Estrootje doen” en vrolijk verder gaan. Dit is niet alleen voor onze branche een gevaar. Ook in andere sectoren gaat het gebeuren als het zo makkelijk wordt.’ Zie *Het Financieel Dagblad* 3 september 2009, p. 2-3, ‘De doorstart van Estro lijkt het meest op diefstal’.

een markt met overcapaciteit — dat falende ondernemingen blijvend van de markt worden verwijderd of dat nieuwe toetreders worden geweerd.

Het probleem is te bepalen wat ‘de prijs’ is en te voorkomen dat ‘insiders’ hun (kennis)voorsprong gebruiken om het proces oneigenlijk te manipuleren. Dat is niets anders dan het zojuist genoemde probleem van belangenconflicten en informatieasymmetrie. Het betreft hier kortom niet een separaat probleem.

Tegen deze achtergrond van het voorgaande zou ik menen dat de aanstelling van een beoogd curator voorafgaand aan het faillissement de situatie alleen maar kan verbeteren, althans dat de kans dat die aanstelling verbetering brengt, groter is dan het tegendeel. Hij heeft de mogelijkheden invloed uit te oefenen, bijvoorbeeld door erop aan te dringen dat met meer partijen wordt onderhandeld,⁸⁸ zonder dat hij per se gebonden is aan het resultaat dat voor de faillietverklaring is bereikt. Indien hij van mening is dat een (principe)overeenkomst met een overnamepartij niet op zodanige wijze tot stand is gekomen dat de hoogst mogelijke opbrengst is gerealiseerd, dan kan hij die overeenkomst als curator naast zich neerleggen. Het is mogelijk dat voor de onderneming geen of nauwelijks andere gegadigden in de markt zijn — misschien zelfs geen andere dan de aandeelhouder zelf — in welk geval zijn betrokkenheid vóór de faillietverklaring nog steeds betere mogelijkheden biedt de transactie te beoordelen en tot een beter resultaat kan leiden dan ingeval hij in de hectiek van het faillissement zelf overeenstemming moet bereiken met de desbetreffende partij.

Het staat of valt allemaal — met of zonder pre-pack — met de onafhankelijkheid en standvastigheid van de (beoogd) curator. Een behaagzieke beoogd curator met een tunnelvisie op het redden van de onderneming, die zijn oren laat hangen naar het bestuur dat zijn rekeningen betaalt, kan schade aanrichten (maar dat geldt denkkelijk ook indien hij meteen als curator zou worden aangesteld). De gezamenlijke schuldeisers zouden dan beter af zijn zonder pre-pack. Een beoogd curator die stevig in zijn schoenen staat en het bestuur waar nodig bijstuurt, een open oog houdt voor alternatieven — inclusief liquidatie — en geen verwachtingen wekt die niet door voldoende betrouwbare informatie worden gedekt, kan de boedel voordeel brengen boven een faillissement zonder voorafgaande pre-pack.

In Nederland zijn de uitgangspunten niet ongunstig. De beoogd curator wordt aangesteld door de rechtbank en niet door de schuldenaar of de zekerheidsgerechtigde uitgekozen, zoals in Engeland het geval is,⁸⁹ met alle gevaren voor loyaliteits-

88. Vgl. de curator inzake *Estro* in zijn verslag, www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), onder 5.9: ‘Wel heeft de stille bewindvoerder kenbaar gemaakt dat hij gegeven het gemankeerde verkoopproces alleen zou overwegen om (de rechter-commissaris te vragen om uitbreiding van zijn mandaat teneinde) mee te werken aan een beoogde pre-pack indien de voordelen van een beoogde pre-pack wel zeer evident zijn. De stille bewindvoerder heeft aan *Estro* groep verklaard dat hij zich uitsluitend voor een pre-pack zou willen inspannen indien door HIG een zodanig hoog bod zou worden gedaan dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een beter bod voor de onderneming niet had kunnen worden verkregen.’ Het is de vraag of dat voldoende effect heeft gehad, nu de zojuist bedoelde concurrent, naar eigen zeggen, een hoger bod overwoog — de waarde van *Estro* werd op meer dan het viervoudige van de overnameprijs geschat — en zich bij *Estro* meldde, maar niet werd gehoord. Zie *Het Financieel Dagblad* 3 september 2009, voorpagina, ‘Concurrent van failliet *Estro* in geweerd tegen reddingsplan’.

89. Zie s. 14 resp. 22 Insolvency Act 1986, Schedule B1. Vgl. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011/23, paragraaf 6.10.

conflicten van dien.⁹⁰ De rechtbank put daarbij uit dezelfde ‘pool’ als waaruit curatoren worden aangesteld en kan bij haar keuze voor de beoogd curator profiteren van ervaringen uit het verleden. En in gevallen dat zij er op voorhand geen vertrouwen in heeft dat een pre-pack voordeel brengt, kan zij van de aanstelling van een beoogd curator afzien.

Kortom, ik beoordeel de mogelijkheid van een pre-pack als positief, mits met aandachtzaamheid gehanteerd.

DEEL II. PRE-PACKING IN NEDERLAND

1.4 De start van de pre-pack

1.4.1 Het huidige recht

De pre-pack is in de praktijk gegroeid, ‘bottom-up’. Al voordat de pre-pack als rechtsfiguur op de kaart stond, werd geëxperimenteerd met ‘pre-packachtige’ constructies. Dat konden informele arrangementen zijn, waarbij de aanstaande aanstelling van een curator werd aangekondigd.⁹¹ Soms werd (en wordt) een deskundige benoemd om in het kader van een faillissementsaanvraag te rapporteren over het bestaan van een faillissementstoestand met de aantekening dat de deskundige tot curator zou worden aangesteld indien het faillissement uiteindelijk zou worden uitgesproken.⁹²

Heden ten dage gaan rechtbanken minder omzichtig te werk en doen zij simpelweg weten wie zij voornemens zijn als curator aan te stellen en als rechter-commissaris te benoemen.⁹³ Soms gaat dat gepaard met een verkapte taakopdracht. Zo bijvoorbeeld in de affaire-*Heiploeg*, waar werd overwogen:⁹⁴

‘Doel van deze regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoerders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden.’

90. Zie onder meer Peter Walton, ‘Pre-packaged administrations – trick or treat?’, *Insolv. Int.* 2006, 19, 113, p. 116-119 en Bo Xie, ‘Regulating pre-packaged administration – a complete agenda’, *J.B.L.* 2011, 5, 513-527, p. 522-524.

91. Zie J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 384, die vermeldt dat de curatoren van Fokker en Daf reeds vóór het faillissement aan de slag zijn gegaan.

92. Rb. ‘s-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375 en Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *JOR* 2014/115. Vgl. Hof ‘s-Hertogenbosch 4 juli 2012, *JOR* 2013/26, waar de deskundige (‘forensic mediator’) vooral als taak had de mogelijkheden voor betaling of een schikking te beproeven en pas in tweede instantie onderzoek gericht op het bestaan van een faillissementstoestand moest doen, zonder dat overigens op voorhand werd aangegeven dat de deskundige als curator zou worden aangesteld. Rb. Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63 zag geen mogelijkheid tot het benoemen van een deskundige in de situatie dat reeds uit de stellingen van de schuldenaar in diens aangifte voortvloeide dat hij in de toestand verkeerde van te hebben opgehouden te betalen.

93. Zie M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: *time out, please!*’, *FIP* 2014, p. 28-29. Dit zou plegen te geschieden per brief van ‘een rechter’ verbonden aan de desbetreffende rechtbank.

94. Geciteerd door de curatoren, www.dorhout.nl/nieuws/pre-pack-heiploeg/114 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

Een variant was aan de orde in het faillissement van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, waar de curatoren in hun verslag opmerkten:⁹⁵

‘De rechtbank heeft daarbij aangegeven dat het doel van de prepack is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van RPZ alsmede het beperken van maatschappelijke schade. De aanwijzing van een stille bewindvoerder biedt een mogelijkheid om in relatieve rust en op voortvarende wijze een doorstart uit insolventie voor te bereiden.’

Een ‘bescheiden’ pre-pack initieerde de Rechtbank Amsterdam inzake *Estro*. Het verzoek van *Estro* om aanwijzing van een ‘stille bewindvoerder’ die een oordeel zou kunnen geven over een voorgestane doorstart werd afgewezen, maar de rechtbank was wel bereid:⁹⁶

‘(...) te laten weten wie zij als curator/bewindvoerder zal benoemen, op het moment dat de insolventieprocedures zouden worden geopend.’

Estro zou dan:

‘(...) de beoogd curator/bewindvoerder (hierna: de beoogd curator) kunnen informeren over de situatie van de onderneming, zodat hij op het moment dat de faillissementen worden uitgesproken beter beslagen ten ijs komt dan wanneer hij pas door de rechtbank wordt benaderd op de dag dat een insolventieprocedure wordt geopend. De beoogd curator zou ook kennis kunnen nemen van een eventuele door een of meer betrokken partijen beoogde doorstart, maar heeft als gezegd geen enkele instructie om voor het openen van insolventieprocedures een standpunt in te nemen over een dergelijke doorstart.’

In alle arrondissementen op drie na worden pre-packs uitgevoerd.⁹⁷ Dat leidt tot enig ‘forumshopping’: naar verluidt ging aan de pre-pack inzake *Estro* een zetelverplaatsing van Amersfoort naar Amsterdam vooraf omdat de in de oorspronkelijke vestigingsplaats bevoegde Rechtbank Midden-Nederland geen medewerking pleegt te geven aan pre-packs.⁹⁸

Daaruit blijkt dat de huidige praktijk niet zonder controverse is. Met name Van Vugt uit bedenkingen. Die praktijk zou in strijd zijn met art. 12 en/of art. 23 lid 2 Wet RO.⁹⁹ Art. 12 Wet RO bepaalt dat ‘[d]e rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, de senior-gerechtsauditeurs en gerechtsauditeurs, de rechterlijke ambtenaren

95. Geciteerd in Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014, *JOR* 2014/187.

96. Geciteerd in faillissementsverslag 1a, kenbaar via www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro__stille_bewindvoering_.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

97. Zie M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: time out, please!’, *FIP* 2014, p. 26-27 en www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Vier-vragen-over-de-stille-bewindvoerder.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). De Rechtbanken Overijssel, Midden-Nederland en Limburg verlenen geen medewerking.

98. Zie *Het Financieel Dagblad* 9 juli 2014, ‘Noodlijgend *Estro* omzeilt dwarse rechtbank via truc’ (voorpagina).

99. M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: time out, please!’, *FIP* 2014, p. 28-29.

in opleiding en de griffier en substituut-griffier van de Hoge Raad (...) zich niet op enige wijze [mogen] inlaten met partijen of hun advocaten of gemachtigden over enige voor hen aanhangige geschillen of geschillen waarvan zij weten of vermoeden dat die voor hen aanhangig zullen worden'. De bepaling wordt gezien in de context van het waarborgen van de onpartijdigheid van de rechter.¹⁰⁰

Loesberg ziet hier minder problemen.¹⁰¹ 'Het verbod van art. 23 [bedoeld zal zijn: art. 12; FMJV] van de Wet RO', aldus Loesberg, 'richt zich tot de persoon van de rechter die niet met partijen (in privé) over een (aanhangige) zaak mag spreken.'¹⁰² Hij trekt de vergelijking met de rechter die na een mondelinge behandeling van een later ingetrokken eigen aangifte, diezelfde schuldenaar, al dan niet op verzoek van een schuldeiser, failliet verklaart. Voorts zou met het honoreren van het verzoek om een pre-pack volgens Loesberg 'in zoverre' nog geen sprake zijn van een beslissing, omdat daarmee (nog) niet vaststaat dat de schuldenaar insolvent is. Is het met art. 12 Wet RO in strijd dat de desbetreffende rechtbank (de advocaat van) de schuldenaar doet weten wie zij voornemens is als curator aan te stellen of als rechter-commissaris te benoemen? Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Vooropgesteld zij dat het een in art. 5 Grondwet verankerd recht is om schriftelijke verzoeken tot 'het bevoegd gezag' te richten. Het staat een schuldenaar vrij de rechtbank te verzoeken zich uit te laten over de vraag wie zij voornemens is als curator aan te stellen, ongeacht of die schuldenaar al aangifte heeft gedaan. Ik zie er ook weinig graten in dat de rechtbank die vraag beantwoordt. Dat is niet wezenlijk anders dan wanneer de rechtbank een voorlopig oordeel over een bepaalde kwestie geeft.¹⁰³ Het kennisgeven van deze (voorlopige) beslissing van de rechtbank door de griffier of een rechter aan de schuldenaar of diens advocaat lijkt mij evenmin problematisch. Dit is niet het 'zich inlaten' — 'betrekkingen aanknopen'¹⁰⁴ — met een der partijen in een aanhangig (te maken) geschil. Een andere zaak is of het op zijn plaats is dat 'een rechter' — en niet 'de rechtbank' — die beslissing neemt, zoals volgens Van Vugt en Loesberg wel voorkomt. Terecht stelt Van Vugt dat de rechtbank aan zo'n beslissing niet is gebonden.¹⁰⁵ Overigens komt het mij voor dat de rechtbank ook indien zij zelf op het verzoek beslist niet is gebonden aan haar voornemen. Er kunnen goede redenen zijn om van dat voornemen af te wijken, bijvoorbeeld omdat de beoogd curator zich te weinig onafhankelijk tegenover de schuldenaar blijkt op te stellen.

100. Zie P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, 2008, p. 262-263.

101. Egbert Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', *TOP* 2014/309.

102. P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, 2008, p. 263, zal daar anders over denken, waar hij stelt dat (onder meer) art. 12 Wet RO zowel betrekking heeft op de rechterlijke macht als instituut als op de rechter als persoon.

103. Vgl. ook de — wisselende — praktijk van het 'grijs maken' van een beslag.

104. Van Dale, online versie, geraadpleegd 22 augustus 2014. Vgl. de oude formulering van het toenmalige art. 24 Wet RO: 'zich in enig bijzonder onderhoud of gesprek inlaten met partijen of derzelver advocaten, procureurs of gemachtigden, noch enige bijzondere onderrichting, memorie of schrifturen aannemen'. De huidige tekst artikel is 'redactioneel gemoderniseerd'; een inhoudelijk andere invulling is niet beoogd. Zie de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1999/2000, 27181, 3, p. 44.

105. M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014, p. 29.

Art. 23 lid 2 Wet RO — het andere artikel waarmee Van Vugt strijd ziet — bepaalt dat '[b]ij de uitvoering van de taken, bedoeld in het eerste lid,¹⁰⁶ (...) het bestuur niet [treedt] in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken'. Van Vugts bezwaren richten zich vooral tegen de situatie dat een teamvoorzitter, met van het bestuur afgeleide bevoegdheden, de desbetreffende brief aan de verzoeker van de pre-pack opstelt. Ik deel die bezwaren niet, alleen al niet omdat de desbetreffende persoon dan niet handelt bij de uitvoering van de in art. 23 lid 1 Wet RO bedoelde bestuurstaken. Indien hij buiten het kader van die bestuurstaken kennisgeeft van een beslissing van de rechtbank vind ik dat net zo min bezwaarlijk als wanneer een willekeurige andere rechter of een griffier dat doet.

Indien hij de daadwerkelijke beslissing neemt, is er nog steeds geen strijd met art. 23 lid 2 Wet RO — het betreft dan nog steeds geen bestuurstaak — maar dan geldt wel de zojuist behandelde bedenking over 'een rechter' die een beslissing neemt waaraan 'de rechtbank' niet is gebonden.

De huidige praktijk is, zoals gezegd, gegroeid zonder expliciete wettelijke basis. De bevoegdheid om een verzoek om een pre-pack al dan niet te honoreren, is dan ook in hoge mate discretionair. De verzoeker heeft niet eens recht op een beslissing.¹⁰⁷

De beslissing op een verzoek speelt zich evenwel niet helemaal in het luchtledige af. Het te verwachten faillissement werpt zijn schaduw vooruit. De pre-pack loopt daarop vooruit en de rechtbank zal haar beslissing afstemmen op het normenkader van het faillissement. De hiervoor aangehaalde beslissingen waarbij werd verwezen naar de gezamenlijke schuldeisers sluit daarbij aan. Het ligt, in het verlengde daarvan, niet voor de hand dat de rechtbank een pre-pack goedkeurt indien duidelijk is dat een doorstart niet tot de mogelijkheden behoort en er ook overigens geen voordelen zijn te verwachten tegenover de kosten die een pre-pack genereert. Naarmate de WCO I dichterbij komt, ligt het meer voor de hand dat de rechtbank op de inwerkingtreding daarvan anticipeert.

1.4.2 De WCO I

Het voorontwerp voor de WCO I biedt een summiere regeling. Volgens het voorontwerp wordt een titel IV toegevoegd aan de Faillissementswet, getiteld 'Aanwijzing van een beoogd curator of een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris'. Volgens art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw 'kan' de rechtbank op verzoek van een schuldenaar 'een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator of in geval van verlening van surseance van betaling als bewindvoerder'. Ook wordt een beoogd rechter-commissaris aangewezen.¹⁰⁸

Waar de rechtbank, zoals zojuist aan de orde kwam, naar huidig recht soms een verkapte, in algemene bewoordingen gestelde 'taakopdracht' geeft, gaat de concept-

106. Dit eerste lid luidt: 'Het bestuur is belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht. In het bijzonder draagt het bestuur zorg voor: a. automatisering en bestuurlijke informatievoorziening; b. de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van de begroting; c. huisvesting en beveiliging; d. de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht daaronder begrepen de externe gerichtheid; e. personeelsaangelegenheden; f. overige materiële voorzieningen.'

107. Art. 5 Gw waarborgt het recht van petitie, maar niet meer dan dat.

108. Art. 367 lid 1 (ontwerp-)Fw.

MvT uit van de mogelijkheid van een ‘specifieke opdracht’ aan de beoogd curator, in de vorm van een voorwaarde bij de aanwijzing.¹⁰⁹ Als voorbeeld wordt genoemd de opdracht ‘om binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding te zoeken naar een andere potentiële koper van de levensvatbare delen van de onderneming’. Het ‘kan’ in art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw suggereert dat — net als onder het huidige recht — sprake is van een discretionaire bevoegdheid, maar dat is schijn. De tweede volzin van art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw geeft nadere criteria voor de beoordeling. Volgens deze bepaling dient de schuldenaar aannemelijk te maken dat:

- ‘a) met de aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend
of
- b) belangen van maatschappelijke aard, zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers, gebaat is of zijn bij de aanwijzing.’

Wordt het een noch het ander aannemelijk, dan komt het verzoek kennelijk niet voor toewijzing in aanmerking. Daarenboven bepaalt het tweede lid imperatief:¹¹⁰

- ‘De rechtbank gaat over tot de aanwijzing als bedoeld in het eerste lid indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat zich een situatie voordoet als bedoeld in dat lid onder a of b.’

Kortom, onder het regime van het voorontwerp heeft de rechter geen discretionaire bevoegdheid meer. De schuldenaar heeft *recht* op een pre-pack als aan de voorwaarden is voldaan. Wel kunnen aan de aanwijzing voorwaarden worden verbonden, zoals een waardering door een onafhankelijke deskundige of een uitgewerkt plan.¹¹¹ Het valt niet te verwachten dat er ‘op de werkvloer’ veel verschil zal bestaan met de huidige praktijk — behalve in de arrondissementen die thans niet aan de pre-pack willen¹¹² — omdat (i) ook naar huidig recht de rechter zich zal richten naar (vooral) het belang van de gezamenlijke schuldeisers, en de maatschappelijke belangen, die, zoals hierna aan de orde komt, reeds decennia geleden hun intrede in het insolventierecht hebben gedaan; en (ii) het antwoord op de vraag of de belangen van de schuldeisers of de maatschappelijke belangen zijn gediend een waardering van de feiten vergt, op welk terrein de rechtbank een niet geringe beoordelingsvrijheid heeft.

Het eerste in art. 363 lid 1 (ontwerp-)Fw genoemde criterium wekt weinig verbazing. Het faillissement is naar zijn aard gericht op allereerst het belang van de gezamen-

109. P. 18. Kritisch hierover J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 387.

110. Zie ook de concept-MvT, p. 3: ‘De rechtbank zal [cursivering; FMJV] positief beslissen op het verzoek indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden voor de aanwijzing zoals genoemd in artikel 363 lid 1.’

111. Art. 363 lid 3 (ontwerp-)Fw. De voorbeelden worden genoemd op p. 18 van de concept-MvT.

112. Zie paragraaf 1.4.1.

lijke schuldeisers. Indien dan in het voortraject die belangen op voorhand door de aanstelling van een beoogd curator worden gediend, op verzoek van de schuldenaar zelf — die dus ook zijn eigen belang met de pre-pack ziet gediend — is er alle reden tot die aanstelling over te gaan. In de onder het huidige recht geïnitieerde pre-packs wordt wel naar dit belang verwezen.¹¹³

Het tweede criterium is opmerkelijker. Het is vaste rechtspraak dat belangen van maatschappelijke aard een rol spelen bij faillissement. De curator dient bij zijn beleid rekening te houden met deze belangen.¹¹⁴ Tot dusver werd in de rechtspraak verwezen naar economisch getinte belangen zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het desbetreffende bedrijf van de gefailleerde werkzaam waren, maar die omschrijving was niet limitatief.¹¹⁵ Het is derhalve geen breuk dat het voorontwerp ook het belang van ‘de openbare orde en veiligheid’ als maatschappelijke belangen noemt.

Tegen deze achtergrond valt te billijken dat deze maatschappelijke belangen een pre-pack kunnen rechtvaardigen. Maatschappelijke belangen kunnen door het gehele privaatrecht hun invloed hebben op private verhoudingen;¹¹⁶ daarvoor is te meer ruimte in het insolventierecht, dat van oudsher ook algemene belangen dient. Tekenend is dat het Openbaar Ministerie ‘om redenen van openbaar belang’ het faillissement van een schuldenaar kan aanvragen.¹¹⁷

Het valt niet in te zien waarom het problematisch zou zijn dat een pre-pack wordt geopend als slechts de bedoelde maatschappelijke belangen zijn gediend; dat wil zeggen, als het belang van de gezamenlijke schuldeisers daar indifferent tegenover staat. Het getuigt juist van een goede rechtsbedeling indien door een soepele overgang naar het faillissement maatschappelijke schade kan worden voorkomen. Men denke aan patiëntveiligheid die in gevaar zou kunnen komen indien een ziekenhuis van het ene moment op het andere in een faillissement zou geraken, met gevolgen voor tal van cruciale contracten of de bevoegdheden over medicijnen, medische apparatuur, enz.;¹¹⁸ of de stabiliteit van het elektriciteitsnetwerk, die niet gegarandeerd is indien een zeer grote producent of afnemer van elektriciteit niet handelt conform eerder ingediende energieprogramma's.

De in het oog springende vraag is natuurlijk of er plaats is voor een pre-pack indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers er niet alleen indifferent tegenover staat maar wordt geschaad. Rechtvaardigt het maatschappelijk belang dan nog steeds een pre-pack? Naar heersende opvatting kunnen in het faillissementsrecht die belangen geen afbreuk doen aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹¹⁹

De tekst van art. 363 (ontwerp-)Fw opent wel de mogelijkheid van een pre-pack

113. Zie noot 94 en 95 hiervoor.

114. Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*) en vgl. HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Macloou*) en HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (*Mobell*).

115. Zie voor de vraag of het behoud van nationaal cultuurbezit zo'n belang oplevert B. Wessels, 'Bescherming van het Fokker erfgoed als maatschappelijk belang?', *Tvl* 1997/6, p. 169-170.

116. Vgl. art. 3:12 BW.

117. Art. 1 lid 2 Fw.

118. Vgl. het faillissement van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, waar de pre-pack mede ten doel had 'het beperken van maatschappelijke schade'. Zie noot 95.

119. Zie onder meer E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en Faillissement*, 1991, p. 236, C.M. van der Heijden, *Insolventie en rechtspersoon* (diss. Amsterdam), 1996, p. 27-31, F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg) 1998, p. 151-163 en B. Wessels, *Insolventierecht IV*, 2010, par. 4221-4224a.

indien de maatschappelijke belangen worden gediend ten detrimente van het belang van de gezamenlijke schuldeisers, schrijft dat zelfs dwingend voor. Maar toch meen ik dat, zelfs ingeval het voorontwerp ongewijzigd tot wet wordt, het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de beslissing op een verzoek tot een pre-pack leidend is. Immers, de pre-pack loopt vooruit op het faillissement, sluit daarop aan, wijkt niet af van de normale faillissementsrechtelijke regels en beginselen. De beoogd curator neemt volgens art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw de taak van de curator tot uitgangspunt.¹²⁰ Het heeft weinig zin een pre-pack te openen en een beoogd curator aan te stellen om de maatschappelijke belangen te dienen, indien die beoogd curator met het oog op het belang van de gezamenlijke schuldeisers die maatschappelijke belangen niet *mag* dienen. De grens lijkt mij kortom dezelfde te zijn als voor de behartiging van maatschappelijke belangen binnen faillissement: een pre-pack kan alleen ten koste van de gezamenlijke schuldeisers worden geopend indien het achterwege laten ervan de betrokken maatschappelijke belangen in een manifest onevenredige mate zou treffen.¹²¹

1.5 Aan de slag met de pre-pack

1.5.1 Het huidige recht

Naar huidig recht is de pre-pack een realiteit die niet bestaat. De Faillissementswet noch enige andere wet voorziet in een regeling. Strikt genomen, is het enige wat er geschiedt, dat vanwege de rechtbank de naam van een persoon wordt genoemd, die zij voornemens is als curator aan te stellen, alsmede die zij verwacht als rechter-commissaris te benoemen. In voorkomende gevallen gaat het noemen van de namen vergezeld met een doelomschrijving of een suggestie wat de betrokkenen 'zouden kunnen doen'.¹²²

Bij gebreke van een wettelijke regeling zullen de betrokkenen zelf een regeling moeten treffen. Daarbij is het uitgangspunt de het privaatrecht eigen partijautonomie c.q. contractvrijheid. Maar bij de invulling van die vrijheid zullen de partijen zich er rekenschap van geven en moeten geven dat de werkzaamheden van de beoogd curator voorsorteren op het faillissement, waarin de beoogd curator naar verwachting als curator zal worden aangesteld met alle verplichtingen en verantwoordelijkheden die dat meebrengt. De schuldenaar is per slot van rekening niet op zoek naar een (insolventie)advocaat of adviseur, wiens diensten heel wat gemakkelijker zijn te verkrijgen dan die van een beoogd curator. De beoogd curator kan zich van zijn kant niet committeren als advocaat of andersoortig adviseur van de schuldenaar, omdat hij zich daarmee zou diskwalificeren als curator, terwijl het hele doel van de exercitie juist is degene die als curator zal fungeren al in het voorstadium bij het faillissement te betrekken.

Hoe dit kan uitwerken, toont de 'modelovereenkomst stille bewindvoering' die door Tollenaar als bijlage bij een publicatie is gevoegd.¹²³ Volgens art. 1.1 heeft de

120. Zie paragraaf 1.5.2.

121. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg) 1998, p. 151-163.

122. Zie paragraaf 1.4.1.

123. N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 212-213.

als ‘Stille Bewindvoerder’ aangeduide beoogd curator ‘louter tot taak om zich te laten informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken bij de Onderneming voorafgaande aan een eventueel verzoek tot faillietverklaring’ en ‘slaat [hij] daarbij uitsluitend acht op de belangen van de gezamenlijke crediteuren’. Daar wordt aan toegevoegd dat hij geen adviseur is, geen positie of bevoegdheden binnen de onderneming heeft en tegenover haar geen enkele verplichting heeft, behalve die tot geheimhouding (art. 1.2), dat hij geen aanwijzingen van de onderneming hoeft op te volgen (art. 1.3), dat hij informatie bij de onderneming kan opvragen en suggesties kan doen, maar dat ingeval de onderneming daar geen gevolg aan wenst te geven, de beoogd curator en de onderneming de overeenkomst kunnen beëindigen (art. 1.4). Benadrukt wordt dat de beoogd curator onafhankelijk is en dat de onderwerpelijke overeenkomst geen belemmering voor de aanstelling als curator oplevert (art. 1.5). Maar de onderneming is geenszins verplicht het faillissement aan te vragen of beperkt in haar vrijheid een oplossing buiten faillissement na te streven (art. 1.6).

De bepaling is sterk geënt op de concept-MvT bij het voorontwerp en regelt een ‘lichte’ beoogd curator — de, zoals het heet, ‘fly on the wall’ — die weinig meer doet dan kijken en luisteren en hooguit eens een suggestie doet.¹²⁴ Er staat mijns inziens niets aan in de weg dat de beoogd curator ‘steviger’ wordt neergezet en bijvoorbeeld een rol krijgt toegekend bij het voeren van onderhandelingen met een potentiële overnemer of financier, mits ook daarbij de belangen van de te constitueren gezamenlijkheid van schuldeisers vooropstaan.

De overeenkomst is niet de enige bron van verplichtingen. Men bedenke dat die overeenkomst als bron van verplichtingen *jegens de gezamenlijke schuldeisers* sowieso problematisch is. De verplichting in de zojuist genoemde modelovereenkomst ‘uitsluitend acht te slaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers’ is een verplichting jegens de schuldenaar. Leest men hierin een derdenbeding,¹²⁵ dan geldt nog steeds dat ‘de gezamenlijke schuldeisers’ ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet bestaan. En wanneer zij zoals bij de faillietverklaring wel als zodanig worden geconstitueerd, vormen zij naar heersende opvatting geen rechtspersoon, die het beding zou kunnen aanvaarden.

Wat daar van zij, de aanwijzing van de beoogd curator is op zichzelf van betekenis; overeenkomst of niet. Iemand die aan zo’n aanwijzing gevolg geeft en als zodanig gaat fungeren, neemt daarmee ook zonder overeenkomst een zekere rol op zich. Die rol loopt vooruit op — is een voorafschaduw van — zijn verwachte aanstelling als curator en hetzelfde geldt voor zijn verantwoordelijkheden. Hij dient uit hoofde daarvan een zekere zorgvuldigheid jegens de belangen van die gezamenlijkheid in acht te nemen. Dit is niet anders dan invulling van de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, ‘gevoed’ door diens (uitvoering van de) aanwijzing als beoogd curator, al dan niet met een (verkapte) taakopdracht als hiervoor geschetst.¹²⁶ Deze wijze van invulling van de zorgvuldigheidsnorm is niet veel anders dan die voor de curator zelf, de zogenaamde ‘Maclou-norm’, volgens welke ‘de curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezet-

124. Zie paragraaf 1.5.2.

125. Deze lezing wordt in art. 3.2 van de bedoelde modelovereenkomst uitdrukkelijk uitgesloten.

126. Zie paragraaf 1.4.1.

heid en inzet verricht'.¹²⁷ Ook bij de curator gaan de verplichtingen verder dan die welke de Faillissementswet hem oplegt. Zo volgt uit *Maclou* zelf reeds dat op de curator de verplichting kan rusten individuele schuldeisers van het faillissement op de hoogte te stellen, een verplichting die de Faillissementswet niet kent. Niet alleen bestaan de onderwerpelijke verplichtingen, zoals gezegd, ook zonder overeenkomst, de overeenkomst kan daar ook niet aan afdoen. Een met de schuldenaar overeengekomen exoneratie — zoals opgenomen in de bedoelde modelovereenkomst¹²⁸ — doet niet af aan de aansprakelijkheid die op de persoon van de beoogd curator kan rusten wegens zijn rol bij (het niet voorkomen van) een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden.

Hoe de rol van de beoogd curator ook is ingevuld, de pre-pack zal er vaak op gericht zijn te komen tot een verkoop van (een deel van) de onderneming. Denkbaar is dat wordt voorgesorteerd op een akkoord, waarmee de pre-pack meer zou lijken op het *pre-packaged reorganization plan* uit het Amerikaanse *Chapter 11*,¹²⁹ maar zo'n akkoord is in Nederland hoge uitzondering. Misschien dat de aangekondigde Wet Continuïteit Ondernemingen II, met een regeling voor een akkoord buiten insolventie,¹³⁰ daarin verandering brengt, maar daar valt niet meteen van uit te gaan. Het zal voorlopig veelal een verkoop van de onderneming *going concern* blijven. Ook als de beoogd curator de rol van 'fly on the wall' krijgt toebedeeld, zal zijn invloed realiter vaak groter zijn dan die de benaming suggereert. Want het is natuurlijk weliswaar een voordeel dat de beoogd curator zich al kan verdiepen in de onderneming en de voorstellen voor een doorstart of financiering — de 'minimum-variant' van de pre-pack — de schuldenaar en meer nog diens wederpartij zijn natuurlijk uit op een rechtsgeldige overeenkomst. Die zullen zij niet zelf kunnen sluiten, althans uitvoeren, zonder de voordelen te verliezen van het faillissement. Zij zullen op zoek zijn naar bevestiging van de beoogd curator dat hij de beoogde overeenkomst voor zijn rekening zal kunnen en willen nemen en zich richten naar diens suggesties.

Bij gebreke van een wettelijke regeling, kan de beoogd curator de boedel c.q. de curator evenwel niet binden, ook niet wanneer hij zelf als curator wordt aangesteld.¹³¹ Maar ook zonder juridische binding, zal een beoogd curator die zich heeft uitgesproken over een bepaalde overeenkomst of — al dan niet door het doen van 'suggesties' — die overeenkomst zelfs mede vorm heeft gegeven, niet als curator opeens een volledig andere mening ontwikkelen, althans niet zonder dat hem nieuwe informatie bereikt. Hetzelfde geldt voor een 'beoogd rechter-commissaris' die zich over een bepaalde kwestie heeft uitgesproken.

De verwachting dat de curator en rechter-commissaris zullen handelen zoals vóór de faillietverklaring aangegeven, zal veelal voldoende zekerheid bieden. Volledige zekerheid biedt dat niet, ook al niet omdat bijvoorbeeld een schuldeiser zich kan verzetten via een verzoek ex art. 69 Fw; althans in theorie: realiter is dat vaak uit-

127. HR 19 april 1996, NJ 1996/727.

128. Art. 3.1.

129. Zie paragraaf 1.2.1.

130. Zie hierover het preadvies van R.D. Vriesendorp.

131. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 209.

gesloten omdat alles al in kannen en kruiken is op het moment dat de schuldeisers van de desbetreffende transactie vernemen.¹³²

1.5.2 De WCO I

Wat voor wijzigingen brengt de WCO I?

Verrassend weinig. De pre-pack zal niet langer ‘een realiteit die niet bestaat’ zijn, maar een wettelijke regeling hebben. Maar die wettelijke regeling heeft weinig inhoud. Zij is bedoeld als een kaderregeling, die nadere invulling moet krijgen in de praktijk, waarvoor wordt verwezen naar Recofa, de organisatie van rechtsc-commissarissen in faillissementszaken.¹³³

Over wat de beoogd curator daadwerkelijk moet doen, is het voorontwerp rijkelijk vaag. Art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw bepaalt:

‘De beoogd curator (...) neemt bij zijn handelen steeds de taak van (...) de curator (...) als uitgangspunt.’

Hij verricht zijn taak, zo wordt toegelicht, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en richt zich niet op de belangen van een of meer bepaalde schuldeisers.¹³⁴ Daaruit wordt natuurlijk niet duidelijk wat dat ‘op de werkvloer’ betekent, te minder nu dat ‘handelen’ van de beoogd curator op cruciale punten verschilt van dat van de curator. De beoogd curator ontbeert de bevoegdheden van het faillissement, kan als zodanig de schuldenaar of ‘de boedel’ niet binden, beheert geen vermogen, vereffent geen vermogen, deelt niets uit, enz.

Elders is de concept-MvT concreter:¹³⁵

‘De beoogd curator is geen adviseur van de onderneming, heeft geen betrekking of bevoegdheden binnen de onderneming en heeft aan de onderneming geen enkele verplichting, met uitzondering van de verplichting tot geheimhouding. Hij treedt ook niet op als toezichthouder. De beoogd curator heeft louter tot taak om mee te kijken, zich te (laten) informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen de onderneming.’

Kortom, een minimale invulling van de taak van de beoogd curator: de beoogd curator als ‘fly on the wall’ die kijkt, luistert en zwijgt.

Wel kan de beoogd curator volgens de concept-MvT een ‘specifieke opdracht’ krijgen.¹³⁶ Deze is dan evenwel niet zozeer vormgegeven als een verplichting van de beoogd curator, maar als een voorwaarde voor de aanwijzing van de beoogd curator. Met andere woorden, de sanctie is dat de aanwijzing van de baan is en dat een ander als curator wordt aangesteld.

132. Een eenmaal rechtsgeldig door de curator gesloten overeenkomst kan niet langs de weg van art. 69 Fw worden ongedaan gemaakt. Zie HR 9 april 1943, NJ 1943/351 en HR 20 december 2013, NJ 2013/152 (*Zalco II*).

133. P. 5 concept-MvT.

134. P. 11 concept-MvT.

135. P. 4.

136. P. 18. Zie ook paragraaf 1.4.2.

Toch meen ik dat onder de WCO I de taak van de beoogd curator, ook zonder ‘specifieke opdracht’ een verdergaande invulling kan krijgen en doorgaans moet en zal krijgen. Van groter gewicht dan de zojuist geciteerde passage acht ik de uitwerking in de toelichting op art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw:¹³⁷

‘Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat in de fase voorafgaand aan een eventueel faillissement zodanig wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte kunnen worden voldaan.’

Kijken, luisteren en zwijgen, schieten tekort als de schuldenaar afstevent op een resultaat dat de gezamenlijke schuldeisers schaadt en praten, suggereren, overtuigen, flemen of dreigen, de schuldenaar op een profijtelijker koers kan zetten.¹³⁸ Het is dan niet per se voldoende dat hij als curator het onderhandelingsresultaat naast zich neerlegt of zelfs zijn functie als beoogd curator neerlegt. Degene die dan als curator wordt aangesteld, staat immers weer op punt nul. De voordelen van de pre-pack worden (ook) de schuldeisers onthouden terwijl de met de pre-pack gemoeide kosten wel voor hun rekening komen. De beoogd curator is niet slechts ‘fly on the wall’ maar ook ‘luis in de pels’ of zelfs ‘horzel’.

Los daarvan, ongetwijfeld zullen schuldenaren en hun wederpartijen weinig waarde hechten aan een overeenkomst die de curator naast zich neerlegt. Zij zullen de beoogd curator een standpunt proberen te ontlokken. Op dat punt biedt het voorontwerp wél iets nieuws. Kan de beoogd curator naar huidig recht de curator niet binden, volgens art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw kan de beoogd curator op verzoek van de schuldenaar een verklaring afleggen over bijvoorbeeld de vraag of ‘verwacht mag worden’ dat de curator een bepaalde transactie niet zal vernietigen op grond van de Pauliana of onder welke voorwaarden hij goederen zal vervreemden. Een dergelijke verklaring zou de curator volgens de concept-MvT in beginsel binden, maar het is de vraag of dat standhoudt.¹³⁹ De eveneens aangewezen beoogd rechter-commissaris kan dan weer op verzoek van de beoogd curator ‘van zijn zienswijze doen blijken’ over de desbetreffende verklaring, maar een juridische binding van de rechter-commissaris aan die zienswijze lijkt niet beoogd.¹⁴⁰

Het belang van de vraag naar de juridische binding van de curator of rechter-commissaris moet niet worden overschat; er zijn weinig aanwijzingen dat de huidige praktijk op dit punt tekortschiet.¹⁴¹

1.6 Het eindspel

1.6.1 Het huidige recht

De pre-pack zal doorgaans eindigen in het faillissement. De pre-pack sorteert immers voor op een faillissement. Niettemin is het geen automatisme dat het faillissement

137. P. 11 concept-MvT.

138. Vgl. J.V. Maduro, ‘Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?’, *FIP* 2013, p. 281. Zie nader paragraaf 1.8.3.

139. Zie paragraaf 1.8.2.

140. Art. 367 lid 2 (ontwerp-)Fw.

141. Zie paragraaf 1.5.1 en 1.8.2.

wordt uitgesproken. Indien het mogelijk blijkt de financiële problemen zonder een faillissement tot een oplossing te brengen, heeft dat de voorkeur. De beoogd curator kan daar een rol in spelen. Indien de beoogd curator bijvoorbeeld aangeeft niet te voelen voor een voorgestelde ‘intraconcern’ overdracht, kan dat een prikkel zijn voor het concern additionele middelen beschikbaar te stellen om het voortbestaan van de schuldenaar te verzekeren.

Voorts is denkbaar — maar niet waarschijnlijk — dat de conclusie wordt bereikt dat een surseance van betaling voldoende is om tot een herstructurering te komen; ook als aanvankelijk om aanwijzing van een beoogd curator in plaats van een beoogd bewindvoerder is verzocht.¹⁴²

Komt er een faillissement noch een surseance van betaling, dan sterft de pre-pack in schoonheid. Het door de rechtbank uitgesproken voornemen de beoogd curator als curator aan te stellen, krijgt geen vervolg. De beoogd curator wordt bedankt (en betaald) voor zijn diensten. Allen gaan huns weegs. Dit is de best mogelijke uitkomst. Het kan door de beoogd curator als wrang worden ervaren dat juist in dat geval niemand zal weten van dit succes, behalve wellicht de rechtbank.

Veelal zal de toestand van de schuldenaar zodanig zijn dat het faillissement op relatief korte termijn volgt. Hoewel er strikt genomen geen verplichting bestaat de beoogd curator als curator aan te stellen — per slot van rekening is er niets anders gebeurd dan dat de rechtbank een voornemen heeft uitgesproken — zal de normale situatie zijn dat de beoogd curator inderdaad curator wordt. Het betreft de essentie van de pre-pack; met de aanstelling van een ander gaan de voordelen van de pre-pack verloren en zijn de daarmee gemoeide kosten voor niets geweest.

Het een en ander geldt mutatis mutandis voor de beoogd rechter-commissaris die in de regel als rechter-commissaris zal worden benoemd.

Is het faillissement eenmaal uitgesproken dan onderscheidt het zich weinig van een faillissement dat niet vooraf is gegaan door een pre-pack. De curator heeft dezelfde taak en bevoegdheden. Het verschil is slechts dat hij voorkennis heeft van de onderneming en de plannen c.q. onderhandelingsresultaten. Hij kan sneller en beter beslissingen nemen. Dat betekent mijns inziens — in zoverre heeft de voorafgaande pre-pack wel invloed — dat de lat voor de curator hoger ligt. De tijdsdruk is immers minder. Die tijdsdruk is een van de omstandigheden die de nogal soepele zorgvuldigheidsnorm uit *Maclou* kan verklaren: in een tussenzin in het arrest wordt gerefereerd aan de omstandigheid dat de beslissingen van de curator ‘vaak geen uitstel kunnen lijden’.¹⁴³

Hiervoor kwam al aan de orde dat de curator naar huidig recht niet gebonden is aan zijn uitlatingen als beoogd curator. Hij is vrij het door de schuldenaar bereikte onderhandelingsresultaat over te nemen, om dat resultaat als basis voor verdere onderhandelingen te gebruiken of om het geheel naast zich neer te leggen, bijvoorbeeld omdat hem een beter bod is gedaan. Het ligt in de lijn der verwachting dat de curator vaker dan niet met de ‘opgelijnde’ doorstarter in zee zal gaan en het onderhandelingsresultaat zal overnemen, zeker indien hij daaraan actief mede vorm heeft gegeven. Het is immers tot stand gekomen in gunstiger omstandigheden dan waarin hijzelf na de faillietklaring verkeert. Maar dat kan natuurlijk anders

142. Zie J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 386-387.

143. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727. Dat de *Maclou*-norm nogal mild uitpakt, ook in haar toepassing, blijkt ook uit HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (*X./Gips*).

zijn in het — vermoedelijk nogal onwaarschijnlijke — geval dat de schuldenaar de suggesties van de beoogd curator in de wind heeft geslagen of er bij diens aantreden als beoogd curator al een kant-en-klare ‘deal’ lag die onder bedenkelijke omstandigheden tot stand was gekomen.

Goed gebruik is dat de curator kort na diens aanstelling verslag uitbrengt van de gebeurtenissen gedurende de pre-pack.¹⁴⁴ Dat is een belangrijk voordeel van de pre-pack en draagt bij aan het maatschappelijk draagvlak ervoor. Het verslag geeft in zekere mate de transparantie aan de pre-pack, die zonder pre-pack volledig ontbreekt. Reële, directe invloed zullen de schuldeisers aan dat verslag niet kunnen ontlenen. De snelheid van handelen waartoe de pre-pack de curator in staat stelt, is fenomenaal. Binnen uren kan de doorstart geregeld zijn. De schuldeisers hebben het nakijken. Dit laatste blijft een zwak punt van het huidige faillissement, met of zonder pre-pack.

1.6.2 De WCO I

De WCO I zal in dit alles weinig wijziging brengen. Evenmin als thans zal het een automatisme zijn dat de pre-pack eindigt in een faillissement. Slaagt de schuldenaar erin de problemen buiten faillissement op te lossen, dan wordt de beoogd curator nimmer curator. De beoogd curator wordt obsoleet: met het faillissement afgewend, is het duidelijk dat er geen gezamenlijkheid van schuldeisers komt, voor wier belangen hij moet waken.

In sommige gevallen zal er een duidelijk eindpunt zijn aan zijn verantwoordelijkheden, te weten indien de rechtbank aan zijn aanwijzing een termijn ex art. 363 lid 3 (ontwerp-)Fw heeft verbonden (en die termijn niet wordt verlengd). Zonder zo’n termijn ligt het voor de hand dat de beoogd curator de rechtbank ex art. 364 lid 1 (ontwerp-)Fw vraagt van zijn taken te worden ontheven. Het zal immers niet altijd zeker zijn dat een faillissement daadwerkelijk uitblijft en de beoogd curator heeft belang bij duidelijkheid over het eindigen van de verantwoordelijkheden voortvloeiend uit zijn wettelijke taak. Mocht het reddingsplan buiten faillissement alsnog mislukken, dan zal hij niet in een positie willen verkeren dat een betrokkene zich op het standpunt kan stellen dat hij ook na het tot stand komen of het implementeren van het reddingsplan voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moest blijven waken.

Wordt het faillissement wel uitgesproken, dan zal in de regel de beoogd curator als curator worden aangesteld. Dat ligt om dezelfde redenen voor de hand als hiervoor geschetst, maar is ook neergelegd in art. 14a (ontwerp-)Fw:

‘Indien aan de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator als bedoeld in artikel 363 en een beoogd rechter-commissaris als bedoeld

144. Zie bijvoorbeeld de verslagen inzake de *Schoenenreus* (<http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=01.obr.13.80.F.V.01>), *Heiploeg* (www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF), de *Speelwerk Groep* (www.dehaanlaw.nl/attachments/article/92343/Verslag%201%20Speelwerkgroep.pdf), *Estro* (www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering_.pdf) en *Neckermann* (<http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=02.zwb.14.458.F.V.01> en <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=02.zwb.14.458.F.V.02>), alle laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014. Komt er geen faillissement, dan zal van zo’n verslag geen sprake zijn. Het ligt dan wel voor de hand dat de rechtbank, al dan niet via de beoogd rechter-commissaris, op de hoogte van de ontwikkelingen wordt gesteld.

in artikel 367 vooraf is gegaan, stelt de rechtbank de aangewezen persoon of personen aan als curator en benoemt zij het aangewezen lid van haar rechtbank als rechter-commissaris in het faillissement, tenzij de rechtbank gewichtige redenen aanwezig acht om een andere curator aan te stellen dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen.’

Met de eis van ‘gewichtige redenen’ wordt beoogd dat terughoudend gebruik van deze mogelijkheid wordt gemaakt.¹⁴⁵ De voordelen van de pre-pack gaan immers verloren indien een ander dan de beoogd curator als curator wordt aangesteld. De concept-MvT geeft slechts het voorbeeld van een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator.¹⁴⁶ Het komt mij evenwel voor dat ingeval die vertrouwensbreuk er nog niet toe heeft geleid dat de beoogd curator eerder van diens taak is ontheven en de nood kennelijk toch zo hoog is dat het faillissement wordt uitgesproken — zonder dat eerst een nieuwe beoogd curator is aangewezen — er niet snel sprake zal zijn van een voldoende ‘gewichtige reden’. Daargelaten of een harmonieuze verhouding met de schuldenaar voor de beoogd curator cruciaal is,¹⁴⁷ voor de curator is zij geen noodzakelijkheid. De minder dan harmonieuze verhouding tussen beoogd curator en schuldenaar is niet per se prohibitief voor de aanstelling van de beoogd curator als curator. Bepalend is allereerst het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat kan zeer wel beter zijn gediend met een ingewerkte curator die een gespannen verhouding met de schuldenaar heeft dan met een onvoorbereide curator van wie nog moet blijken wat diens verhouding met de gefailleerde zal zijn.

Men bedenke voorts dat het geven van de mogelijkheid aan de schuldenaar om de aanstelling van de beoogd curator als curator te verhinderen door de vertrouwenskwestie te stellen — wat neerkomt op het toekennen van een ‘quasi-vetorecht’ — tot onwenselijke prikkels leidt. Een faillissement van enige omvang is een begeerlijk iets voor een (beoogd) curator. Hij kan in de verleiding komen om teneinde de vrede te bewaren te veel aan de schuldenaar tegemoet te komen, opdat het faillissement hem niet voorbij gaat. Nu mogen we verwachten dat onze curatoren de rug recht houden, maar het lijkt mij toch beter hen niet bloot te stellen aan dergelijke prikkels en niet in het systeem ‘in te bakken’ dat een curator die weerstand biedt aan de schuldenaar wordt ‘gestraft’ door hem niet als curator aan te stellen. In het voorontwerp is de verslagleggingsverplichting van de beoogd curator geëxpliciteerd. Indien de beoogd curator van zijn taak is ontheven, brengt hij volgens art. 364 lid 3 (ontwerp-)Fw ‘onverwijld verslag uit van zijn bevindingen in de periode vanaf de aanwijzing, bedoeld in artikel 363, eerste lid, tot aan het moment waarop hij van zijn taak ontheven werd’. Het wordt (kosteloos) gedeponeerd ter griffie, ter (kosteloze) inzage van een ieder, ‘maar niet dan nadat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard of hem surseance van betaling is verleend’. Komt het tot een faillissement, dan zijn de schuldeisers (beter dan zonder pre-pack) in staat zich een oordeel te vormen over de gang van zaken in de periode vóór de faillietverkla-

145. P. 14-15 concept-MvT.

146. P. 15.

147. Een ontkennende beantwoording van deze vraag ligt besloten in de reactie van Boels Zanders Advocaten op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemen_i/reactie/6341ae64-1034-4005-999d-f67afa041447 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

ring. Komt het niet tot een faillissement (of surseance) dan kunnen schuldeisers er geen kennis van nemen, maar in dat geval komt de schuldenaar niet te verkeren in de staat van te hebben opgehouden te betalen.

Niet geheel duidelijk is of het verslag alsnog ter inzage komt indien de schuldenaar op een (veel) later moment alsnog in faillissement komt te verkeren. Naar de letter genomen, is dat het geval. Daar lijkt mij ook wel grond voor te zijn omdat de ratio van de geheimhouding — het besloten karakter van de pre-pack¹⁴⁸ — dan niet meer speelt. De financiële problemen zijn dan sowieso bekend en het belang van de schuldenaar op vertrouwelijkheid weegt dan niet meer op tegen het belang van schuldeisers en andere betrokkenen om te beoordelen of de gebeurtenissen gedurende de pre-pack relevantie hebben voor (de afwikkeling van) de inmiddels geopende insolventieprocedure.

DEEL III. DE POSITIE VAN DE BETROKKENEN BIJ DE PRE-PACK

1.7 De schuldenaar

Hoofdpersoon in de pre-pack is de schuldenaar. Zonder verzoek zijnerzijds komt er geen pre-pack. Gedurende de pre-pack is hij 'dominus litis'. Hij gaat de transacties aan die hij nuttig of nodig oordeelt. Hij blijft beheers- en beschikkingsbevoegd. Hij besluit ook of de pre-pack eindigt in een faillissement of dat het blijft bij transacties buiten faillissement, uiteraard binnen de grenzen van het mogelijke: schuldeisers die onvoldaan blijven, kunnen de plannen van de schuldenaar natuurlijk doorkruisen, onder meer door zelf het faillissement aan te vragen of door zekerheden uit te winnen. Dit alles geldt zowel naar huidig recht als onder vigeur van de WCO I. De aanwijzing van een beoogd curator (en een beoogd rechter-commissaris) doet aan dat alles niet af. In ieder geval in de opzet van het voorontwerp, speelt de beoogd curator een passieve rol en treedt hij slechts op initiatief van de schuldenaar naar voren en naar buiten. Hij laat zich bijvoorbeeld slechts op verzoek van de schuldenaar ex art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw uit over de hem voorgelegde kwesties. Het voorontwerp gaat daarbij uit van het harmoniemodel. De concept-MvT merkt op:¹⁴⁹

'(...) dat van belang is dat er steeds sprake is van een harmonieuze omgang tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval, dan ligt het in de rede dat de beoogd curator zijn taak neerlegt.'

De schuldenaar kan de rechtbank vragen de beoogd curator van diens taken te ontheffen.¹⁵⁰ Uit de zojuist geciteerde passage begrijp ik dat de idee is dat dit verzoek in de regel wordt ingewilligd.

Deze 'lichte' voor de schuldenaar weinig belastende regeling voordat sprake is van een reguliere insolventieprocedure past in de internationale ontwikkelingen. De Franse *mandataire ad hoc* en de *conciliateur* doen evenmin af aan de bevoegdheden van de schuldenaar en op verzoek van de schuldenaar wordt de *mandataire ad hoc*

148. Zie onder meer p. 5 en 15 concept-MvT.

149. P. 4.

150. Art. 364 (ontwerp-)Fw.

‘de laan uit gestuurd’ en de *procédure de conciliation* beëindigd.¹⁵¹ In het Verenigd Koninkrijk kan de schuldenaar (of zekerheidsgerechtigde) zelf zijn *administrator* kiezen en in de voorfase betrekken zonder verlies van bevoegdheden.¹⁵² In de Verenigde Staten behoudt de schuldenaar als ‘debtor in possession’ zelf de regie, ook in de reguliere *Chapter 11*-procedure, als stimulans om tijdig maatregelen te nemen.¹⁵³

Is de schuldenaar in het voorontwerp ‘op papier’ oppermachtig, realiter zal zijn positie minder florissant zijn. Zijn macht wordt beperkt door zijn financiële mogelijkheden. Hij is alleen oppermachtig in zoverre hij erin slaagt de onderneming zelfstandig te herstructureren, zonder de faciliteiten die het faillissement hem biedt. Maar de schuldenaar zal niet voor niets een pre-pack hebben verzocht. Ten minste zal hij er ernstig rekening mee houden dat de herstructurering via het faillissement zal lopen. Dikwijls zal dat juist het doel zijn van de pre-pack. Dit brengt mee dat hij afhankelijk is van de medewerking van de curator, zodat hij terdege rekening moet houden met de opvattingen van de beoogd curator. Het vormgeven aan een transactie die na de faillietverklaring niet wordt gefinaliseerd of uitgevoerd, helpt hem niet. Het is voorts weinig aantrekkelijk vóór het faillissement een transactie aan te gaan, waarvan de beoogd curator al heeft laten weten dat hij die paulianeus acht en zal (proberen te) vernietigen. Dit gegeven zal voldoende zijn om de meeste wederpartijen op voorhand te laten afhaken.

Het ‘ontslaan’ van de beoogd curator — dat wil zeggen: het aansturen op diens ontheffing van diens taken door de rechtbank — lost het probleem niet op.¹⁵⁴ Allereerst moet hij maar afwachten of een eventuele nieuwe beoogd curator er anders over denkt dan de oorspronkelijke beoogd curator. Voorts ruimt de beoogd rechter-commissaris niet het veld met de beoogd curator en ongetwijfeld zal hij geïnteresseerd zijn in de achtergronden van het conflict en de opvatting van de oorspronkelijke beoogd curator daarover. Bovendien deponeert de beoogd curator die van zijn taak is ontheven een verslag van zijn bevindingen ter griffie.¹⁵⁵ Dat verslag is vertrouwelijk maar indien het faillissement wordt uitgesproken — en dat is waarschijnlijk waar de schuldenaar de faciliteiten van het faillissement nodig heeft voor de herstructurering — ligt dat verslag ter kosteloze inzage van eenieder en neemt degene die als curator wordt aangesteld daar kennis van.

Kortom, de aanwijzing van een beoogd curator is geenszins vrijblijvend. Hij blijft een onafhankelijke en onpartijdige door de rechtbank aangewezen deskundige aan wiens oordeel — dat in de regel aan iedereen bekend zal kunnen zijn — gewicht wordt toegekend.

Om al deze redenen zal de machtsbalans aanmerkelijk meer richting beoogd curator liggen dan de ‘letters op papier’ suggereren. Afhankelijk van de omstandigheden zal de schuldenaar verre van almachtig zijn en valt geenszins uit te sluiten dat de beoogd curator de regie voert.

151. Zie art. R611-21 resp. art. R611-37 Code de Commerce.

152. Zie paragraaf 1.2.2.

153. Zie 11 USC § 1101 (1) jo. § 1107(1). Vgl. House Report no. 95-595, p. 6191: ‘Proposed Chapter 11 recognizes the need for the debtor to remain in control to some degree, or else debtors will avoid the reorganization provisions in the bill until it would be too late for them to be an effective remedy.’

154. Al geeft het de schuldenaar wel een — oneigenlijk — pressiemiddel, voor zover een vertrouwensbreuk in de weg staat aan de aanstelling van de beoogd curator als curator. Ik verwijs naar paragraaf 1.6.2 en het daar genoemde voorbeeld uit de concept-MvT.

155. Zie paragraaf 1.5.2.

1.8 De beoogd curator

1.8.1 De rechtspositie van de beoogd curator

Over de positie van de beoogd curator kan ik kort zijn; zijn taak kwam hiervoor in paragraaf 1.5 al aan de orde. Hij is geen adviseur van de schuldenaar, noch is hij toezichthouder. Zijn rol en taak zijn een voorafschaduw van die van de curator. Naar huidig recht wordt dit vormgegeven door een met de schuldenaar te sluiten overeenkomst en de maatschappelijke zorgvuldigheid die betaamt in de functie die hij heeft aanvaard. Naar komend recht biedt art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw een wettelijke basis.

Diens positie is uniek binnen de onderzochte rechtsstelsels. In het Verenigd Koninkrijk kan de ‘beoogd *administrator*’ (én de *administrator*) zonder rechterlijke betrokkenheid worden aangesteld en ontbreekt een wettelijke basis.¹⁵⁶ In Frankrijk heeft de *conciliateur* vooral een rol bij het tot stand brengen van een akkoord, al zij het dat hij sinds 1 juli 2014 de opdracht kan krijgen een overdracht van een (deel van de) onderneming voor te bereiden.¹⁵⁷ In het Amerikaanse *Chapter 11* is in de regel überhaupt geen sprake van een met de curator vergelijkbare functionaris, laat staan in de voorfase.¹⁵⁸

De concept-MvT betreft de taak van de beoogd curator vooral op de gezamenlijke schuldeisers, hetgeen strookt met het gegeven dat voor de curator in faillissement het belang van de gezamenlijke schuldeisers vooropstaat. Maar het is toch wat ingewikkelder dan dat. Immers, er zijn ten tijde van de pre-pack nog geen gezamenlijke schuldeisers, omdat de schuldeisers eerst met het uitspreken van een faillissement in een gezamenlijkheid worden verenigd. Het is ook niet *per se* zo dat de pre-pack eindigt in een faillissement. Komt er wel een faillissement, dan staat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voor de curator wel voorop, maar zijn er wel degelijk ook andere belangen waar hij rekening mee moet houden. Hij moet ook waken voor de belangen van de schuldenaar,¹⁵⁹ alsmede rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.¹⁶⁰

Hoewel de concept-MvT er veel werk van maakt dat de beoogd curator generlei verplichting jegens de schuldenaar heeft, brengt de taakstelling in art. 365 lid 1 (ontwerp-)Fw zo’n verplichting wel in beeld. Maar natuurlijk is die van andere aard dan die welke voortvloeit uit een adviseurschap of iets dergelijks. Die verplichting valt evenmin helemaal samen met die van de curator. Immers, anders dan in faillissement beheert de beoogd curator niet het vermogen van de schuldenaar en blijft de schuldenaar zelf beschikkingsbevoegd en in staat voor zijn belangen te waken. De ratio van de taak van de curator tegenover de schuldenaar — diens vermogen wordt beheerd en bij de executie daarvan moeten de schuldeisers rekening houden met diens belangen, hetgeen door tussenkomst van de curator wordt ge-

156. Wel wordt hem in het SIP 16 (onder 3) op het hart gedrukt dat hij in verschillende rollen met verschillende verantwoordelijkheden optreedt: ‘An insolvency practitioner should differentiate clearly the roles that are associated with an administration that involves a pre-packaged sale (that is, the provision of advice to the company before any formal appointment and the functions and responsibilities of the administrator).’

157. Zie paragraaf 1.2.3.

158. Zie noot 153.

159. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwe Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

160. Zie vooral HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*).

waarborgd¹⁶¹ — gaat niet op bij de pre-pack. Waar in faillissement de schuldenaar de curator aansprakelijk kan houden indien deze laatste een activum onder de prijs vervreemdt, is het gedurende de pre-pack de schuldenaar zelf die ervoor kiest activa te verkopen. Indien de schuldenaar een ongunstige transactie sluit, kan hij daar niet de beoogd curator op aanspreken, ook niet indien deze laatste zich positief over die transactie heeft uitgelaten. Het zullen eerder de schuldeisers zijn die zich kunnen beklagen indien de beoogd curator zo'n ongunstige transactie onderschrijft en als curator uitvoert.

Maar toch zijn er omstandigheden waarin de beoogd curator ook door de schuldenaar verantwoordelijk kan worden gehouden. Zoals bijvoorbeeld in het spiegelbeeldige geval van zojuist: de beoogd curator die een gunstige door de schuldenaar voorbereide transactie op onterechte gronden frustreert, bijvoorbeeld door aan te geven dat hij die als curator zal afwijzen. Indien de transactie daardoor afketst en de beoogd curator later als curator met een ongunstiger transactie of een liquidatie genoeg moet nemen, kan de conclusie zijn dat hij de belangen heeft geschaad waarvoor hij als curator én als beoogd curator moet opkomen: de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook die van de schuldenaar en bij de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard.

Om de positie van de beoogd curator in één zin te schetsen: de beoogd curator waakt voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de te verwachten vereffening van het vermogen van de schuldenaar, met inachtneming van de belangen van die schuldenaar en die van maatschappelijke aard.

1.8.2 Bindt de beoogd curator de curator?

Is de beoogd curator naar huidig recht ongeregeld en kan hij derhalve de curator niet binden, zoals al aangestipt, kan de beoogd curator volgens art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw:

- ‘(...) indien de schuldenaar daarom vraagt, onder meer verklaren:
- a. dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden, na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 tot en met 47;
 - b. onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden op basis van artikel 101, eerste lid, en
 - c. welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.’

Nergens in het voorontwerp staat dat deze verklaring bindend is voor de curator. Dat lijkt wel de bedoeling te zijn. De concept-MvT vermeldt:¹⁶²

161. Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), 1998, p. 140-142.

162. P. 24.

‘Indien de beoogd curator — na daartoe gevraagd te zijn door de schuldenaar — verklaart dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator de verstrekking van de zekerheden na een eventuele faillietverklaring niet door middel van een actio pauliana zal vernietigen, geeft dit de schuldenaar en de verstrekker van het noodkrediet de gewenste zekerheid.’

Die verklaring is bedoeld als ‘in beginsel bindend’, ook als een ander dan de beoogd curator als curator wordt aangesteld.¹⁶³ Dat zou (slechts?) anders zijn indien de beoogd curator de verklaring heeft gegeven op basis van inadequate informatie.¹⁶⁴ Het voorontwerp zou aldus de schuldenaar en diens wederpartij meer zekerheid bieden dan het huidige recht, maar dat is dan ook meteen een van de meest bekritiseerde onderdelen van het voorontwerp. Ferm is de Raad voor de rechtspraak, die het voor ‘onmogelijk’ houdt dat de curator is gebonden aan beslissingen van de beoogd curator.¹⁶⁵ Ik moet zeggen dat ik niet kan volgen waarom de wetgever dat niet zou *kunnen* bepalen; een opvolgend curator is per slot van rekening ook gebonden aan de beslissingen van zijn voorganger. Een andere vraag is of dit in het voorontwerp ook is bepaald. Ik zou menen — misschien is dat de strekking van de opmerking van de Raad voor de rechtspraak — dat een dergelijke ingrijpend rechtsgevolg expliciet in de wet dient te worden neergelegd en dat een opmerking in de toelichting niet volstaat.

Een nadere doordenking is op zijn plaats. Als het erom gaat zekerheid te bieden, waarom dan de beperking tot ‘de normale bedrijfsuitoefening’ of ‘ter aflossing van de schulden’? En waarom de beperking tot de actio Pauliana? De herstructurering die vaak het doel zal zijn van een pre-pack zal toch vaak gepaard gaan met rechtshandelingen die buiten de normale bedrijfsuitoefening liggen en ook onzekerheid oproepen bij de toepassing van andere leerstukken dan de actio Pauliana. Of is met de woorden ‘onder meer’ in de aanhef van de bepaling bedoeld dat de opsomming niet limitatief is,¹⁶⁶ in welk geval de detaillering van de opsomming bevreemdt?

En belangrijker, moeten we willen dat de beoogd curator de schuldenaar en diens wederpartij zekerheid biedt? Het bieden van die zekerheid heeft een prijs. Die prijs is dat andere handelwijzen voor de curator worden afgesneden, althans bemoeilijkt. Een beoogd curator die (zichzelf als) de curator bindt door bijvoorbeeld te verklaren dat te verwachten valt dat de curator een uitoonderhandelde overdracht zal uitvoeren of een overeengekomen financiering met zekerheidsverschaffing niet paulianeus zal achten, verhindert daarmee, tenminste tot op zekere hoogte, dat de curator op een na de faillietverklaring gedaan aanbod ingaat of tot andere inzichten komt over het instellen van de faillissementspauliana. Op zichzelf is daar niets mis mee — de beslissing moet op enig moment worden genomen — maar het is de

163. P. 22 concept-MvT.

164. P. 26-27 concept-MvT.

165. Op p. 11 van diens advies van 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2014/2014-05-Advies-wetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

166. In deze zin J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 388.

vraag of de omstandigheden ‘in de snelkookpan’ vóór de faillietverklaring optimaal zijn voor het nemen van een doortimmerde beslissing.¹⁶⁷

Kiest men in het uiteindelijke wetsvoorstel toch voor de mogelijkheid dat de beoogd curator zekerheid biedt, dan vergt dat een nadere doordenking van de verhouding tot de rechter-commissaris. Deze laatste houdt toezicht op de curator en moet bijvoorbeeld een activatransactie door de curator goedkeuren.¹⁶⁸ Een rechter-commissaris is er ten tijde van de pre-pack nog niet, maar er is wel een ‘beoogd rechter-commissaris’,¹⁶⁹ die, daartoe door de beoogd curator gevraagd, ‘van zijn zienswijze [kan] doen blijken’.¹⁷⁰ Maar voorontwerp noch toelichting bepaalt dat de rechter-commissaris gebonden zal zijn aan de ‘zienswijze’ van de beoogd rechter-commissaris.¹⁷¹

Nu zal onder de WCO I de psychische gesteldheid van de curator en de rechter-commissaris niet veranderen, zodat niet valt te verwachten — juridische binding of niet — dat de curator of rechter-commissaris een ander standpunt inneemt dan hij als beoogd curator respectievelijk beoogd rechter-commissaris heeft geuit.¹⁷² En onder de WCO I blijft, net als onder het huidige recht, de mogelijkheid dat de plannen van de schuldenaar, diens wederpartij, (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris worden doorkruist door een door een schuldeiser ondernomen actie.

1.8.3 De beoogd curator aan de slag

In het voorontwerp met concept-MvT wordt de beoogd curator nogal passief neergezet — het model van de ‘fly on the wall’ — maar hiervoor in paragraaf 1.5.2 kwam al aan de orde dat zijn rol in de praktijk actiever kan en vaak moet zijn. Leidend is het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het rust op zijn schouders om de nadelen die aan de pre-pack kleven — het gebrek aan transparantie en de negatieve gevolgen die dat kan hebben voor de prijsvorming — te redresseren. Hij moet zijn niet geringe macht aanwenden om te bevorderen dat adequate taxaties aanwezig zijn, dat voldoende vraag wordt aangeboord, dat kandidaten voldoende informatie krijgen opdat wordt voorkomen dat de prijs onnodig wordt gedrukt doordat onzekerheden in de hoogte van het bod worden verdisconteerd en ‘insiders’

167. Zie ook het advies d.d. 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen/2014-05-Advies-wetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), alsmede J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 388 die bepleit dat de curator bij een wijziging van omstandigheden van zijn verklaring moet kunnen afwijken, bijvoorbeeld in geval van een ‘aanmerkelijk gunstiger’ bod. Zonder juridische binding is er al genoeg reden tot zorg of de in de voorfase betrokken curator voldoende kritisch is. Vgl. Peter Walton, ‘When is pre-packaged administration appropriate? — a theoretical consideration’, (2011) 20 *Nott L.J.* 1, p. 4: ‘It is a criticism of the way pre-packs operate that potential actions for transaction avoidance or wrongful trading are not always fully considered by the pre-pack administrator.’

168. Zie art. 64 resp. 176 (jo. art. 101) Fw.

169. Art. 367 lid 1 (ontwerp)-Fw.

170. Art. 367 lid 2 (ontwerp)-Fw.

171. Zie de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken d.d. 20 januari 2014, p. 3-4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/a87d38ac-5513-40f0-96a6-96bcaefa54b9 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

172. Zie paragraaf 1.5.1 over het huidige recht, waarin zo’n binding niet bestaat.

kunnen manipuleren; en dat ook overigens (biedings)procedures worden gehanteerd die een optimale prijsvorming waarborgen.

Een niet onaanzienlijk deel van de aanbevelingen in de ‘Graham Review’ ziet op dit aspect. Zo zouden zwaardere kwaliteitseisen moeten worden gesteld aan taxateurs van de activa.¹⁷³ Nadat is geconstateerd dat in gevallen waarin marketing van de onderneming achterwege blijft, de uitkeringen lager zijn,¹⁷⁴ bepleit Graham meer aandacht voor ‘good principles of marketing’, onder andere inhoudend dat de ‘practitioner’ hier een eigen verantwoordelijkheid heeft, ook waar de schuldenaar zelf voor zijn aantreden marketingactiviteiten heeft ontplooid.¹⁷⁵ Deze principes zouden moeten worden opgenomen in het SIP 16 en waar ervan wordt afgeweken, zouden daarvoor redenen moeten worden gegeven in het volgens het SIP 16 te publiceren verslag.¹⁷⁶ Thans reeds bepaalt het SIP 16 dat de *administrator* in zijn verslag informatie moet geven over ‘[a]ny marketing activities conducted by the company and/or the administrator and the outcome of those activities, or an explanation of why no marketing was undertaken’.

In Frankrijk gaat een overdracht van (een deel van) de onderneming normaliter gepaard met een door de rechtbank geïnitieerde biedingsprocedure en het is ook de rechtbank die bepaalt welke bieding wordt geaccepteerd.¹⁷⁷ Zo’n biedingsprocedure kan achterwege blijven indien aan de *mandataire ad hoc* of de *conciliateur* een bod is gedaan.¹⁷⁸ Daarover dient dan wel het Openbaar Ministerie te worden gehoord. En het blijft de rechtbank die bepaalt of een bieding wordt aanvaard. Desondanks worden nog steeds bedenkingen geuit bij de verminderde transparantie.¹⁷⁹

In Nederland is er relatief weinig aandacht besteed aan de wijze waarop een onderneming of activa worden vervreemd.¹⁸⁰ Dat geldt niet alleen voor de pre-pack maar ook in een faillissement dat niet is voorafgegaan door een pre-pack. Een positief punt is in ieder geval dat een onderhandse verkoop — anders dan in Engeland — steeds betrokkenheid van de rechter-commissaris vergt.¹⁸¹ Maar transparant kan dat niet worden genoemd en ook voor de rechter-commissaris ontbreken heldere richtlijnen.

Het valt te hopen dat de pre-pack een aanleiding zal zijn voor nadere gedachtevorming of zelfs regelgeving. Een verslagleggingsverplichting als neergelegd in het SIP 16 is een begin.¹⁸² Mogelijk kan in sommige gevallen de ‘stalking horse’ soelaas bieden, een techniek die in de Verenigde Staten min of meer gemeengoed is gewor-

173. P. 66 ‘Graham Review’.

174. P. 43-47 ‘Graham Review’.

175. P. 64-65 ‘Graham Review’.

176. P. 63-64 en Annex A ‘Graham Review’.

177. Zie L642-2 en L642-5 Code de Commerce.

178. L642-2, I, al. 2 Code de Commerce.

179. Philippe Pétel, ‘Entreprises en difficulté: encore une réforme!’, *JCP E* 2014, 1223.

180. Zie wel G.C. van Daal, ‘De klompen van de curator: biedingen op de boedel’, in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De Ondernemende Curator* (Insolad Jaarboek 2011), p. 207-219, Jochem M. Hummelen, ‘An assessment of Dutch bankruptcy asset sales’, *ILR* 2014, p. 271-297 en F.M.J. Verstijlen, ‘De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures’, *TvI* 2014/32.

181. Art. 176 Fw. Dit noemt N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011/23, paragraaf 6.10 als een voordeel van de Nederlandse pre-pack boven de Engelse.

182. Vgl. de reactie van CMS op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a0ea5e39-0d29-4850-bfb6-681a4267c9f6 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

den.¹⁸³ In deze verkoopprocedure wordt — net als in de pre-pack — een overdracht met een bepaalde partij, de ‘stalking horse’, uitonderhandeld maar krijgen andere partijen de mogelijkheid die partij in een biedingsprocedure te overbieden. Doet dit laatste zich voor dan krijgt de ‘stalking horse’ een ‘break-up fee’. Op deze wijze krijgt die partij een vergoeding voor haar kosten en het leggen van een ‘bodem’ in de biedingsprocedure.

Zou in pre-packgevallen een doorstart met een ‘stalking horse’ gedurende de pre-pack worden uitonderhandeld, terwijl een (meer) openbare biedingsprocedure na de faillietverklaring volgt, dan kan worden geprofiteerd van de voordelen van de beslotenheid van de pre-pack, terwijl ‘de markt’ nog steeds haar werk kan doen en de gebreken van de pre-pack kan corrigeren waar deze tot een resultaat hebben geleid dat (fors) onder de marktprijs ligt.

Ik ben niet voor een verbod de onderneming aan een gelieerde partij over te dragen, zoals het Franse recht dat kent.¹⁸⁴ Het kan nu eenmaal zo zijn dat een bestuurder, aandeelhouder of concernvennootschap simpelweg het beste bod uitbrengt. Het zou ten koste gaan van het belang van de gezamenlijke schuldeisers en de andere bij de boedel betrokken belangen als dat bod niet zou kunnen worden geaccepteerd. Dergelijke partijen vormen een belangrijk deel van de markt: in het Verenigd Koninkrijk is circa twee derde van de overdrachten in de pre-pack aan een ‘connected party’.¹⁸⁵ Wel springt (de hoogte van) de uitkering er minder goed uit in vergelijking met andere overdrachten, maar dit ‘is not necessarily a result of the connected nature of the deal’.¹⁸⁶ Het mag evenwel een aansporing te meer zijn in geval van betrokkenheid van gelieerde partijen alert te zijn op de zuiverheid van de gehanteerde (biedings)procedure.

Een toets op levensvatbaarheid — voorgesteld (voor gelieerde partijen) in de ‘Graham Review’¹⁸⁷ — misstaat uiteraard niet, maar past minder in een systeem zoals in Nederland, waarin het schuldeisersbelang vooropstaat, dan in een systeem waarin het behoud van werkgelegenheid en onderneming(sactiviteiten) een zelfstandig of zelfs het belangrijkste doel is van de insolventieprocedure is, zoals in Frankrijk.¹⁸⁸

Indien een kandidaat een zodanig hoog bedrag biedt dat zijn mogelijkheid de onderneming rendabel te exploiteren twijfelachtig wordt, heeft hij misschien een ‘slechte deal’ gesloten, maar dat kan nog steeds goed uitpakken voor de gezamenlijke schuldeisers.

Niettemin speelt het lot van de onderneming na de doorstart een rol. Immers, de (beoogd) curator moet belangen van maatschappelijke aard als het behoud van de

183. Zie daarover N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011/23, par. 3. Zie voor een praktische uiteenzetting van de ‘stalking horse’ in het kader van een ‘363-sale’ onder meer Jonathan Friedland, Robert P. Sieland, Robert Dehney & Curtis Miller, ‘The Dealmaker’s Guide to Buying Distressed Assets — Section 363 Sales and the Alternatives’, 2008 *Ann. Surv. of Bankr. Law* 7.

184. Art. L642-3, al. 1 Code de Commerce.

185. P. 36-38 ‘Graham Review’.

186. P. 38 ‘Graham Review’. Niettemin doet zij een aantal aanbevelingen die specifiek op transacties met gelieerde partijen zijn gericht en is voor deze transacties regelgeving — meer precies: een regelgevingsbevoegdheid voor de ‘Secretary of State’ — in de maak. Zie paragraaf 1.3.

187. P. 62-63 ‘Graham Review’. Het betreft zelfs een ‘key recommendation’.

188. De rechtbank kiest volgens art. L642-5, al. 1 Code de Commerce voor ‘l’offre qui permet dans les meilleures conditions d’assurer le plus durablement l’emploi attaché à l’ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d’exécution’.

onderneming en de daaraan verbonden werkgelegenheid in zijn beleid betrekken.¹⁸⁹ Die belangen komen in het geding als de hoogstbiedende (of enige) kandidaat een notoire brokkenpiloot of zelfs een malversant is. Curator noch beoogd curator mag er zijn medewerking aan verlenen dat het faillissement wordt gebruikt als 'debt avoidance tactic'.¹⁹⁰

1.8.4 Remuneratie van de beoogd curator

De beoogd curator zal prijs stellen op betaling voor zijn bemoeienissen. Bij gebreke van enige regeling, komt het naar huidig recht aan op een overeenkomst met de schuldenaar.¹⁹¹ Dat zal volgens de WCO I niet anders zijn. Art. 366 lid 1 (ontwerp-)Fw gaat uit van een overeenstemming hieromtrent tussen de schuldenaar en de beoogd curator.¹⁹² Wel voegt art. 366 lid 3 (ontwerp-)Fw hieraan toe dat in geval van een faillissement het onbetaalde deel als algemene faillissementskosten — dus kennelijk: boedelschuld — wordt voldaan.¹⁹³ Het valt te hopen dat in het uiteindelijke wetsvoorstel de rechtbank de hoogte van het bedrag kan toetsen, alvorens dat tot boedelschuld wordt gepromoveerd en dat schuldenaar en beoogd curator niet naar believen boedelschulden kunnen creëren.

1.9 De beoogd rechter-commissaris

De beoogd rechter-commissaris is de minst uitgewerkte actor in de pre-pack. Hij wordt op dezelfde manier aanwezen als de beoogd curator, naar huidig recht zonder expliciete wettelijke basis, volgens de WCO I op grond van art. 367 lid 1 (ontwerp-)Fw. Net als bij de beoogd curator, zal de beoogd rechter-commissaris normaliter tot rechter-commissaris worden benoemd, in de woorden van art. 14a (ontwerp-)Fw 'tenzij de rechtbank gewichtige redenen aanwezig acht om (...) een andere rechter-commissaris te benoemen'. Maar anders dan voor de beoogd curator, ontbreekt in de WCO I een taakopdracht. (Het huidige recht kent generlei bepaling, noch voor de curator, noch voor de rechter-commissaris.) Zo is onduidelijk of de beoogd rechter-commissaris reeds vóór de faillietverklaring een toezichthoudende taak heeft en — in het verlengde

189. Zie noot 114.

190. Zie p. 38 van de 'Graham Review', waar gewag wordt gemaakt van een geval waarin dezelfde onderneming achtmaal in twintig jaar het voorwerp van een pre-pack was.

191. Zie bijv. de modelovereenkomst van N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 212, die daarvoor aanknoopt bij het curatorentarief. Ook in het Verenigd Koninkrijk verricht de *insolvency practitioner* die wordt beoogd als *administrator* zijn werkzaamheden op basis van een overeenkomst. In Frankrijk wordt de beloning van (onder meer) de *conciliateur* door de rechter vastgesteld maar wel '[a]près avoir recueilli l'accord du débiteur' (art. L611-14 Code de Commerce).

192. Zie p. 27-28 concept-MvT.

193. Naar verluidt geschiedt dat thans in de praktijk ook wel. Zie, sprekend over de Rechtbank Oost-Brabant, M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, onder 'Kosten'. Hij stelt, terecht, dat daarvoor een wettelijke basis vereist is, maar ik meen dat art. 71 Fw de ruimte biedt bij de bepaling van het salaris van de curator rekening te houden met diens activiteiten als beoogd curator. In Engeland is expliciet voorzien in de mogelijkheid van betaling van 'unpaid pre-administration costs' gedurende de *administration*. Zie de in 2010 in werking getreden rule 2.67A van de *Insolvency Rules* 1986/1925, alsmede N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23, paragraaf 5.3.

daarvan — naar welke belangen hij zich daarbij moet richten of hoe hij aan de benodigde informatie komt.

De ratio van de pre-pack brengt mee dat de rechter-commissaris zich — net als de beoogd curator — voorbereidt op zijn functie in het verwachte faillissement. De curator verricht zijn functie immers onder toezicht van de rechter-commissaris en heeft voor veel rechtshandelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig. Een deel van de (tijd)winst die de pre-pack biedt, zou ongedaan worden gemaakt als de rechter-commissaris zich nog zou moeten inwerken voordat hij een machtiging voor bijvoorbeeld een overdracht van de onderneming geeft. Dat ook de rechter-commissaris zich tevoren heeft kunnen inwerken, komt de snelheid van zijn beslissing ten goede, maar ook de kwaliteit van zijn toezicht in zijn algemeenheid.

Ontbreekt in het voorontwerp een algemene taakomschrijving van de beoogd rechter-commissaris, art. 367 lid 2 (ontwerp-)Fw bepaalt wel dat hij ‘nadat de beoogd curator (...) daarom heeft gevraagd, van zijn zienswijze [kan] doen blijken ten aanzien van de in artikel 365, tweede lid, bedoelde uitlatingen’. Zoals de beoogd curator zich op verzoek van de schuldenaar kan uitspreken over onder meer voorgenomen transacties, kan de beoogd rechter-commissaris zich daar op verzoek van de beoogd curator over uitspreken. De beoogd curator kan zijn stellingname in het kader van art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw afstemmen op deze zienswijze; heeft hij zich al in positieve zin uitgelaten, dan kan de andersluidende zienswijze van de rechter-commissaris aanleiding zijn voor de beoogd curator en de schuldenaar om naar alternatieven zoeken.

Denkelijk speelt de zienswijze van de rechter-commissaris een rol in het streven de schuldenaar en mogelijke wederpartijen duidelijkheid te bieden over de gang van zaken na de faillietverklaring. Maar waar bij de uitlating van de beoogd curator al twijfelachtig is of een opmerking in de memorie van toelichting voldoende is om (hem als) de curator te binden,¹⁹⁴ ontbreekt ten aanzien van de rechter-commissaris zelfs zo’n opmerking. Het valt dus niet aan te nemen dat de rechter-commissaris aan de zienswijze van (hem als) de beoogd rechter-commissaris is gebonden. Wat daarvan zij, ook zonder juridische binding valt niet te verwachten dat de rechter-commissaris vaak van mening zal verschillen met zichzelf als beoogd rechter-commissaris.

Dat de rechter-commissaris zich kan inwerken vóór de faillietverklaring en daarmee beter invulling kan geven aan zijn toezichthoudende functie na de faillietverklaring, wil nog niet zeggen dat hij vóór de faillietverklaring — dus gedurende de pre-pack — al een toezichthoudende taak heeft. Een dergelijke bepaling is wel wenselijk, alsmede nadere verduidelijking van diens informatiepositie.¹⁹⁵ Uit het voorontwerp laat zich wel een dergelijke ‘preconstitutieve’ toezichttaak afleiden. Immers, de beoogd rechter-commissaris kan een voordracht doen om de beoogd curator van diens taken te ontheffen.¹⁹⁶ Hij wordt dus kennelijk niet alleen geacht zich voor

194. Zie paragraaf 1.8.2.

195. Zie de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op het voorontwerp d.d. 20 januari 2014, p. 3-4, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a87d38ac-5513-40f0-96a6-96bcaefa54b9 (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014). In andere zin de reactie van CMS op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a0ea5e39-0d29-4850-bfb6-681a4267c9f6 (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014).

196. Art. 364 lid 1 (ontwerp-)Fw.

te bereiden op zijn te verwachten benoeming als rechter-commissaris, maar heeft ook een functie ten aanzien van de beoogd curator. Zo lees ik ook de concept-MvT:¹⁹⁷

‘Ook de rechter-commissaris kan, bijvoorbeeld wanneer hij tot het oordeel komt dat de aanwijzing [van de beoogd curator; FMJV] niet langer in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, een dergelijk verzoek indienen.’

Het voorontwerp bepaalt niet hoe de rechter-commissaris aan zijn informatie komt, maar diens bevoegdheid de beoogd curator voor te dragen voor ontheffing van diens taken, alsmede zijn te verwachten rol als rechter-commissaris, zal meebrengen dat hij niet tegen zijn wil verstoken is van informatie.

1.10 De werknemers

1.10.1 De werknemers ‘gepre-packt’

De werknemers vormen een belangrijke groep bij de pre-pack. Een bovenmatig personeelsbestand kan een reden zijn om te kiezen voor een pre-pack in plaats van voor een herstructurering buiten faillissement. De regels voor ontslagbescherming kunnen meebrengen dat een ontslag van een groep van werknemers niet dan met hoge kosten kan geschieden, kosten die de schuldenaar niet kan of wil dragen. Bovendien brengt de overdracht van (een deel van) een onderneming van rechtswege de overgang mee van de daaraan verbonden werknemers.¹⁹⁸ Binnen faillissement is de ontslagbescherming zo goed als non-existent en gaan de werknemers niet van rechtswege mee over bij een overdracht van (een deel van) de onderneming.¹⁹⁹ De route van de pre-pack en het faillissement leidt kortom naar een aanzienlijke verslechtering van de positie van de werknemers. Het is dan ook geen wonder dat de vakbeweging niet overloopt van enthousiasme voor de pre-pack. In geruchtmakende pre-packs die gepaard gingen met grootschalige ontslagen en verslechtering van arbeidsvoorwaarden, zijn vanuit de vakbeweging rechtsmaatregelen ingesteld, althans die worden overwogen. Zo in de affaire-*Heiploeg*, waar — aansluitend op een pre-pack — op dezelfde dag dat het faillissement werd uitgesproken, werd aangekondigd dat het bedrijf doorstartte onder de vlag van het Valkenburgse vis-verwerkingsbedrijf Parlevliet & Van der Plas, maar nu met negentig werknemers minder en met verslechterde arbeidsvoorwaarden voor de resterende werknemers: zij verliezen 11,5 adv-dagen, de eindejaarsuitkering van 7,25%, onregelmatigheidstoeslagen en ouderendagen.²⁰⁰ Inmiddels hebben CNV Vakmensen en FNV Bondgenoten juridische actie aangekondigd.²⁰¹ In het faillissement van Necker-

197. P. 19.

198. Art. 7:663 BW.

199. Zie art. 40 Fw resp. art. 7:666 BW.

200. Zie *NRC Handelsblad* 29 januari 2014, ‘Uitgekleed Heiploeg maakt doorstart’, www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/januari/29/uitgekleed-heiploeg-maakt-doorstart-1343992, alsmede de berichtgeving van FNV Bondgenoten, www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2014/februari/710363-naar_de_rechter_130214/ (beide laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

201. *Het Financieel Dagblad* 22 juli 2014, p. 12, ‘Vakbonden dagen garnalenbedrijf Heiploeg vanwege flitsfaillissement’.

mann — voorafgegaan door een pre-pack — verloren niet minder dan 225 van de 240 werknemers hun baan; FNV Bondgenoten overwoog juridische actie maar ziet daar vooralsnog van af.²⁰² In de affaire-*Estro* startten na een pre-pack 250 crèches *intraconcern* door met duizend werknemers minder — naar verluidt ‘voorgeselece-teerd’ door het hoofdkantoor, mede aan de hand van ziekteverzuim en opleidings-niveau²⁰³ — en heeft Abvakabo FNV juridische maatregelen aangekondigd.²⁰⁴

Het is niet alleen uit de hoek van de vakbeweging dat bedenkingen worden geuit bij de pre-pack. Met name wordt de vraag opgeworpen of de regelgeving over de overgang van ondernemingen wel op deze wijze kan worden ontlopen.²⁰⁵ In het archetype van een pre-pack is de overdracht al voor de faillietverklaring ‘uitonder-handeld’, heeft de beoogd curator zich er al — volgens (de toelichting bij) het voorontwerp: bindend — over uitgesproken en heeft ook de rechter-commissaris zich daarover al uitgesproken. Het faillissement lijkt dan louter een betekenisloze formaliteit, met een curator die nog slechts kan ‘tekenen bij het kruisje’.²⁰⁶

Kortom, de positie van de werknemers vormt een heet hangijzer in de discussie over de pre-pack. Dat is veel minder het geval in de overige onderzochte landen, mogelijk omdat de verschillen in de positie van werknemers binnen en buiten faillissement minder groot zijn dan in Nederland. Zo gelden in Engeland in de *ad-ministration* de normale regels van de Transfer of Undertakings (Protection of Em-ployment) Regulations 2006, met slechts ondergeschikte aanpassingen.²⁰⁷ De pre-pack wordt daar veeleer gezien als goed nieuws voor de werknemers. ‘Pre-packs preserve jobs’, kopt de ‘Graham Review’.²⁰⁸ De cijfers die Graham rapporteert zijn jaloersmakend: in het overgrote deel van de pre-packs werden alle banen behou-

202. Zie NRC Handelsblad 25 juni 2014, ‘Failliet Neckermann gaat in sterk afgeslankte vorm verder’, www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/juni/25/failliet-neckermann-gaat-in-sterk-afgeslankte-vorm-1392021 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014) resp. FNV Bondgenoten, ‘Pre-pack-faillissement Neckermann roept vragen op’, www.fnvbondgenoten.nl/mijnbranche/branches/handel/nieuws/868913-prepackfaillissement_neckermann_roept_vragen_op/ (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

203. NRC Handelsblad 16-17 augustus 2014, p. E6, ‘De stiekeme overname van de crèche’.

204. *Het Financieel Dagblad* 19 augustus 2014, p. 2, ‘Abvakabo FNV stapt naar de rechter over kinderopvangbedrijf Estro’.

205. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Vgl. Gerhard Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: 40XL (liber amicorum M.J.M. Franken), 2013, p. 86-89; M.-J. Cools, ‘Een doorstart in voorverpakking’, *FIP* 2013, p. 276; J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart — een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’ en de reactie van de Universiteit van Amsterdam, vakgroep Arbeidsrecht op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/38cc86be-fa83-4c2c-aacf-fcb5da40bf96 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 3-7.

206. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5.4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

207. Zie *Key2law* (Surrey) LLP v. De’Antiquis [2012] B.C.C. 375. Tegen deze uitspraak werd beroep bij het Supreme Court ingesteld, maar de zaak is ‘dismissed’, naar verluidt omdat de ‘court fees’ niet waren betaald. Zie Stuart Brittenden, ‘Transfer of Undertakings (TUPE) Regulations 2006 (Insight)’, onder ‘Insolvency’ (te raadplegen via Westlaw UK).

208. P. 24-25. Zie ook Kate Creighton-Selvay, ‘Pre-packed administrations: an empirical social rights analysis’, *LLJ*, 2013, 42(2), 85-121, p. 90-91: ‘It also seems that pre-packs are a positive development for labour — they have a job-preserving effect (...)’. Echter, ‘the quality of job preservation remains untested’.

den.²⁰⁹ In Frankrijk gelden in de *procédure de sauvegarde* — waarvan de *procédure de sauvegarde accélérée* een variant is — de normale regels voor ontslag om economische redenen.²¹⁰

1.10.2 Wat is het probleem?

Er is een veelheid van redenen waarom de ontmanteling van de rechtspositie van de werknemers in faillissement onjuist is. Indien de belangen van de werknemers bij het behoud van hun betrekking binnen de onderneming zwaarder wegen dan die van de schuldenaar bij de beëindiging daarvan, waarom zou dat dan anders zijn waar die onderneming gedurende het faillissement voor rekening van vooral de schuldeisers wordt gedreven? De belangen van de schuldeisers wegen in het algemeen toch niet zwaarder dan die van hun schuldenaar? Het wijzigen van de materiële rechtspositie van de werknemers in het faillissement lokt uit tot manipulatief gedrag, inhoudend dat het faillissement niet wordt uitgelokt omdat dat tot de beste oplossing leidt met maximalisatie van de waarde van de activa ten behoeve van alle betrokkenen, maar omdat een deel van de waarde van de activa die normaliter aan de werknemers toekomt door de anderen kan worden geïsurpeerd.²¹¹ Dit kan voor deze laatste groep voordelig zijn, zelfs als het voor de totale groep van belanghebbenden nadeel oplevert. Suboptimale resultaten zijn het gevolg omdat de profiterende groep wordt geprikkeld tot een handelwijze die voor henzelf voordelig is maar per saldo voor de totaliteit nadelig uitwerkt.

Maar vastgesteld moet worden dat deze bezwaren zich niet zozeer richten tegen de pre-pack als wel tegen het faillissement; meer precies: de ontmanteling van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers bij faillissement. Dit toont zich in de gevallen dat een onderneming om wat voor reden dan ook — mismanagement, economische tegenslag, een incidentele calamiteit — in een positie komt te verkeren dat zij niet langer in staat is haar schulden te voldoen met de middelen die door haar bedrijfsvoering worden gegenereerd. Het faillissement zal dan hoe dan ook moeten volgen. Is dat het geval, dan kan de pre-pack helpen om de economische schade voor alle betrokkenen — én de maatschappelijke schade voor de werknemers — te beperken.

Voor de waardering van de positie van de werknemers moet dan ook niet zozeer de vergelijking tussen een pre-pack en een herstructurering buiten faillissement worden gemaakt, maar veeleer die tussen een faillissement mét en een faillissement zonder pre-pack. Die vergelijking valt doorgaans in het voordeel van het eerste uit.

209. P. 24-25 'Graham Review'. Daarbij werd evenwel afgegaan op de 'SIP 16-rapportages' van de *administrators* zelf, waarvan het waarheidsgehalte niet kon worden geverifieerd, noch de duur van het behoud van werkgelegenheid.

210. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 2013, nr. 981.

211. Het druist daarmee in tegen een van de basisregels van de rechtseconomische theorie van de *creditors' bargain*, gepropageerd door vooral D.G. Baird en T.H. Jackson. Zie onder meer hun 'Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy', *U Chi L. Rev* 51(1) (Winter 1984):97. Op p. 104 merken zij op: 'Changes in nonbankruptcy rights should be made only if they benefit all those with interests in the firm as a group. A rule change unrelated to the goals of bankruptcy creates incentives for particular holders of rights in assets to resort to bankruptcy in order to gain, for themselves, the advantages of that rule change, even though a bankruptcy proceeding was not in the collective interest of the investor group.'

Indirect kan de pre-pack meebrengen dat de nadelige effecten van een faillissement vaker aan de dag treden. Het is mogelijk dat een pre-pack ‘drempelverlagend’ werkt. Indien de schade van een faillissement met een pre-pack voor alle betrokkenen minder groot is, zal dat ook gelden voor de schuldenaar met zijn aandeelhouders en financiers enz. De keuze tussen het verstrekken van additionele financiering en een faillissement met doorstart kan dan sneller uitvallen in het voordeel van het laatste.

Het zij zo. Het alternatief – een ‘Verelendung’ van het faillissement – spreekt mij niet aan. De oplossing is niet het verhinderen dat de door het faillissement veroorzaakte schade wordt gemitigeerd, maar het voorkomen dat het faillissement, al dan niet voorafgegaan door een pre-pack, op oneigenlijke wijze wordt ingezet. Dat kan in Nederland via het leerstuk van misbruik van bevoegdheid,²¹² dan wel – met minder complicaties gepaard gaand – de onrechtmatige daad.²¹³

Die leerstukken zijn in de context van het faillissement geenszins uitontwikkeld en verre van ideaal. Nog beter zou het zijn om de prikkels tot het oneigenlijk gebruik van het faillissement weg te nemen, door de arbeidsrechtelijke regels binnen en buiten faillissement gelijk te trekken. Het is geenszins gegeven dat dat gelijktrekken zou moeten resulteren in het handhaven van de arbeidsrechtelijke bescherming. Werknemers hebben niets aan een dienstbetrekking bij een werkgever die niet in staat is hun lonen te betalen. Evenmin is het in hun voordeel dat doorstarts of andersoortige herstructurerings met behoud van een deel van de werkgelegenheid achterwege blijven omdat een beëindiging van de onderneming met een stuksgewijze liquidatie de enige reële optie is.

1.10.3 Overgang van werknemers vanuit ‘gepre-packte’ faillissementen?

Wat tegen deze achtergrond te denken van de idee dat een gedurende de pre-pack uitonderhandelde overdracht die na de faillietverklaring door de curator wordt beklonken en uitgevoerd, met zich brengt dat afdeling 7.10.8 BW (ten volle) van toepassing is? Is dat juist, dan verliest de pre-pack voor een belangrijk deel zijn zin. De niet-toepasselijkheid van deze regelgeving is immers een factor van betekenis voor de pre-packroute naar faillissement.

Vooropgesteld zij dat de regels voor overgang van ondernemingen – in Nederland neergelegd in afdeling 7.10.8 BW – binnen faillissement niet, althans in beperkte mate, van toepassing zijn, aldus uitdrukkelijk art. 7:666 BW. De werknemers gaan niet mee over. De mogelijkheid de regeling buiten toepassing te verklaren is in het leven geroepen in het veelbesproken arrest *Abels*.²¹⁴ Een van de redenen daarvoor was dat:

‘(...) bij de huidige stand van de economische ontwikkeling veel onzekerheid [bestaat] over de vraag, welke invloed de overgang van een onderneming bij insolventie van de werkgever op de arbeidsmarkt heeft en welke

212. Die regels gelden ook in geval van een pre-pack, aldus terecht de Minister van Veiligheid en Justitie in antwoord op Kamervragen van de leden Recourt en Kerstens, *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 2581.

213. Zie bijv. HR 28 mei 2004, NJ 2006/4 (*Digicolor*).

214. HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900.

de juiste maatregelen zijn om de belangen van de werknemers zo veel mogelijk veilig te stellen’.

Derhalve viel:

‘[e]en ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers (...) niet uit te sluiten. Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de Lid-Staten verplicht haar voorschriften ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.’

Een andere reden was gelegen in de aard van het faillissementsrecht:

‘Het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden, dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.’

Inmiddels is de uitzondering gecodificeerd in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG,²¹⁵ die in de plaats is gekomen van de door het Hof van Justitie aangehaalde Richtlijn 77/187.

Tegen de achtergrond van het voorgaande komt het mij voor dat de pre-pack heel wel zodanig *kan* worden vormgegeven dat afdeling 7.10.8 BW niet van toepassing is. Sterker nog, doorgaans *zal* de transactie zo vorm zijn gegeven. Het gaat erom te voorkomen dat vóór de faillietverklaring een overgang plaatsvindt; dat wil zeggen, in de woorden van art. 7:662 lid 2 BW ‘de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’. De schuldenaar en diens wederpartij die vóór de faillietverklaring overeenstemming bereiken over een overgang én daar uitvoering aan geven, zullen bewerkstelligen dat alle werknemers mee overgaan.

Maar het komt mij voor dat die wilsovereenstemming normaliter niet tot stand komt, laat staan dat daar uitvoering aan wordt gegeven.²¹⁶ De partijen willen juist niet dat de onderneming vóór de faillietverklaring overgaat omdat de onderneming in die vorm niet rendabel is. Zo’n overgang lost de problemen niet op. De essentie van de pre-pack is veelal dat deze voorsorteert op een faillissement, opdat een geherstructureerde onderneming kan overgaan. Zij zullen de uiteindelijke beslissing

215. Voluit: Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16, 22 maart 2001.

216. Vgl. M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming’.

dus (moeten) overlaten aan de curator, in de hoop – en de verwachting – dat het onderhandelingsresultaat zodanig is dat de curator dat zal willen overnemen omdat hij dat in het belang acht van degenen voor wie hij moet opkomen. Zelfs ingeval er wel wilsovereenstemming tot stand komt over een overdracht leidt dat niet per se tot toepasselijkheid van afdeling 7.10.8 BW.²¹⁷ Indien het bij die wilsovereenstemming blijft, heeft de curator uit de aard der zaak een keuzerecht daar al dan niet uitvoering aan te geven.²¹⁸ Het betreft dan een door beide partijen nog niet volledig uitgevoerde overeenkomst die door art. 37 Fw wordt bestreken. De wederpartij kan de curator een redelijke termijn stellen om zich over die overeenkomst uit te spreken. Indien hij die overeenkomst niet in het belang van – allereerst – de gezamenlijke schuldeisers acht, zal hij die overeenkomst niet gestand doen en de onderneming aan een ander, op andere voorwaarden of in het geheel niet overdragen. Ook indien de curator een dergelijke vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst gestand doet en uitvoert – of op basis van die overeenkomst een aangepaste overeenkomst sluit – en daaraan uitvoering geeft is dat mijns inziens, in de woorden van art. 7:666 BW, een ‘overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort’.²¹⁹

Dat wordt niet anders door *Happé/Scheepstra* waarop wel een beroep wordt gedaan ten betoge dat afdeling 7.10.8 BW wél van toepassing is.²²⁰ De Nederlandse Orde van Advocaten stelt in haar advies over het voorontwerp:²²¹

217. Zo ook N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, paragraaf 6.7 en aarzeland P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht* 2012, p. 125-126 en p. 128. In andere zin CRvB 29 juni 2005, *USZ* 2005/325 en Hof 's-Gravenhage 26 november 2004, *ECLI:NL:GHSGR:2004:AR8066*, in beide gevallen zonder motivering van betekenis. In andere zin ook Rb. Amsterdam 5 augustus 1998, *JOR* 1999/77, die wél ingaat op de noodzakelijke medewerking van de curator, waar zij overweegt ‘[d]at voor de effectivering van de overeenkomst, [...] na tijdstip van faillissement de medewerking van de curator is vereist, [...] in dit verband geen betekenis [heeft], indien komt vast te staan dat de curator zijn medewerking heeft verleend’. De rechtbank maakt evenwel niet duidelijk waarom de voor effectivering vereiste medewerking van de curator ‘geen betekenis heeft’. Inmiddels lijkt ten minste de Centrale Raad van Beroep een andere koers te varen: in CRvB 19 juni 2013, *USZ* 2013/221, achtte hij bepalend ‘de omstandigheden van het individuele geval’ en oordeelde hij dat de overgang plaatsvond op het moment dat ‘het grootste deel van het personeel bij [naam bedrijf 2] in dienst kwam en de activiteiten van [naam BV] volledig stil kwamen te liggen’.
218. Vgl. HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*). Dit aspect van het arrest staat nog overeind na het verholen omgaan van de Hoge Raad in HR 11 juli 2014, *ECLI:NL:HR:2014:1681*, *RvdW* 2014/941 (*Berzona*). Vgl. ook HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).
219. Vgl. Ktr. Amsterdam 26 maart 1996, *JAR* 1996/103, waar de curator een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst vernietigde op grond van de faillissementspauliana en met de desbetreffende partij een hogere koopprijs overeenkwam. De kantonrechter oordeelde: ‘Door dit samenstel van omstandigheden kan slechts geoordeeld worden dat er een (nieuwe) overeenkomst is tot stand gekomen na de faillissementsuitspraak zodat het bepaalde in artikel 7A:1639aa BW niet van toepassing kan zijn’. In andere zin evenwel – kennelijk betrekking hebbend op hetzelfde faillissement – het voornoemde Rb. Amsterdam 5 augustus 1998, *JOR* 1999/77, op dit punt gewicht toekennend aan de relatieve werking van de faillissementspauliana. Ten overvloede merk ik op dat mijns inziens niet bepalend is dat de oorspronkelijke overeenkomst is vernietigd, maar dat de overeenkomst eerst na de faillietverklaring wordt uitgevoerd, nadat de curator te dien aanzien zijn keuze heeft bepaald.
220. HR 30 oktober 1988, *NJ* 1989/191.
221. Het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5.4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

‘Het is denkbaar en goed verdedigbaar dat, wanneer het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement is gelegen als bij de “pre-pack” het geval is, de rechter tot de conclusie komt dat in dat geval de Richtlijn wel degelijk van toepassing is.’

In noot 6 voegt zij daar voorzichtig aan toe:

‘In zijn arrest van 30 oktober 1987, NJ 1988/191 lijkt de Hoge Raad de door de rechtbank gehanteerde “zwaartepunt-benadering” te onderschrijven (r.o. 3.2).’

De situatie in het daar berechte geval verschilt evenwel fundamenteel van de gevallen die ons hier bezighouden. Daar ging het erom dat een deel van de, zo begrijp ik, (voorheen) bij KPS B.V. in gebruik zijnde activa, te weten de voorraad en de inventaris, reeds vóór de faillietverklaring door de overnemer Scheepstra waren gekocht van de fiduciair eigenares Algemene Bank Nederland, tegen de inkoopwaarde. (Of toen al was geleverd, blijft in het midden maar lijkt aannemelijk.) Nadat KPS B.V. op 15 december 1982 in staat van faillissement was verklaard, verkreeg Scheepstra een ander deel van de activa van de curator, te weten (een deel van) het klantenbestand en het recht op gebruik van de handelsnaam en wel op 31 december 1982. Op 1 januari 1983 kon Scheepstra gebruikmaken van de kantoorruimte en trad de voormalig directeur van KPS B.V. bij Scheepstra in dienst.

In deze omstandigheden oordeelde de rechtbank dat de belangrijkste van de transacties die van 31 december 1982 waren; de overdracht van het klantenbestand en de handelsnaam stelde Scheepstra in staat de ondernemingsactiviteiten voort te zetten.²²² Voorts stond vast dat Scheepstra pas met ingang van 1 januari 1983 de verkoopactiviteiten had voortgezet. Het zwaartepunt van de transacties en daarmee de overgang — zo daar al sprake van was; de rechtbank liet dat in het midden — lag dus na de faillietverklaring. Dit oordeel werd door de Hoge Raad gesauveerd.

In de gevallen die ons hier bezighouden, is er evenwel geen sprake van verschillende transacties waarmee de verschillende activa die de onderneming constitueren worden overgedragen; er is maar één transactie en het gaat erom vast te stellen wanneer die tot een overgang leidt. Dat is, zo betoogde ik hiervoor, uit de aard van de pre-pack in de regel na de faillietverklaring.

Dat de pre-pack leidt tot toepasselijkheid van afdeling 7.10.8 BW vanwege het ‘nadrukkelijke continuïteitsstreven’ lijkt mij onjuist,²²³ omdat (i) niet zozeer de vraag of in de pre-pack naar continuïteit wordt gestreefd in dezen bepalend is, maar veeleer of vóór de faillietverklaring een overgang heeft plaatsgevonden; (ii) de pre-pack als zodanig niet naar continuïteit streeft, maar veeleer naar liquidatie,

222. Zie voor een vergelijkbare benadering CRvB 19 juni 2013, USZ 2013/221, waarover noot 217.

223. Zoals betoogd in het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 5.4, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014). Zie ook, voorzichtiger, J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart — een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’ en de reactie van de Universiteit van Amsterdam, vakgroep Arbeidsrecht op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/38cc86be-fa83-4c2c-aacf-fcb5da40bf96 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 6-7.

gericht als hij is op het faillissement;²²⁴ (iii) voor zover sommige betrokkenen continuïteit nastreven, dat in dezelfde mate gebeurt als binnen faillissement,²²⁵ in die zin dat de beoogd curator – later: de curator – daaraan in dezelfde mate zijn medewerking zal weigeren als de curator binnen (een niet ‘gepre-packt’) faillissement.

Dat alles wordt niet anders indien de beoogd curator zich vóór de faillietverklaring al heeft uitgesproken over de transactie, aangenomen al dat het voorontwerp op dit punt ongewijzigd tot wet wordt en dat de curator zal zijn gebonden aan de uitspraken van de beoogd curator.²²⁶ Ook in dat geval hebben geen van de betrokken partijen zich willen binden tot een overdracht van de onderneming vóór de faillietverklaring. Er is slechts een verwachting uitgesproken over de vraag hoe de curator zal handelen, gegeven de belangen die hij moet dienen bij de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van allereerst de gezamenlijke schuldeisers; al dan niet gepaard gaand met een wettelijke verplichting om behoudens bijkomende omstandigheden conform die uitgesproken verwachting te handelen. Niemand verbindt zich tot een overdracht vóór de faillietverklaring, niemand geeft uitvoering aan zo’n verbintenis vóór de faillietverklaring, geen overdracht zal plaatsvinden ingeval het faillissement om wat voor reden niet wordt uitgesproken.

1.10.4 Medezeggenschap in de pre-pack?

Tot slot, wat de werknemers betreft, kort, de kwestie van de medezeggenschap. Omdat de pre-pack als zodanig geen wijziging brengt in de bevoegdheden binnen de onderneming, noch overigens adviesplichtige besluiten behelst, is de pre-pack irrelevant voor het medezeggenschapsrecht van de werknemers.²²⁷ Daar wordt wel anders over gedacht,²²⁸ maar dat standpunt wordt op de – mijns inziens: onterech-

224. Vgl. M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming’.

225. Voor zover die intenties überhaupt relevant zijn en het niet veeleer gaat om het doel van de procedure. Vgl. HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (*D’Urso*); HvJ EG 7 december 1995, NJ 1996/473 (*Spano*); HvJ EG 12 maart 1998, NJ 1999/142 (*Dethier*) en HvJ EG 12 november 1998, NJ 1999/520 (*Europièces*). Zie over deze lijn van rechtspraak R.M. Beltzer, ‘Vereffenen is niet liquideren: het formele doel van de insolventieprocedure en Richtlijn 77/187’, *TvI* 1998/8, p. 180-184, die de mogelijkheid opwerpt dat niet slechts naar het formele doel, maar ook naar de feitelijke toepassing van de procedure moet worden gekeken en die het ‘niet ondenkbaar’ acht dat een overdracht vanuit faillissement door (destijds) Richtlijn 77/187 wordt bestreken. In het kader van een Engelse pre-pack overwoog het *Court of Appeal* in *Key2law (Surrey) LLP v. De’Antiquis* [2012] B.C.C. 375 evenwel dat het formele doel van de procedure bepalend was en concludeerde het dat in geval van een *administration de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006* – het equivalent van onze titel 7.10.8 BW – (grotendeels) van toepassing was.

226. Denkelijk zouden de kantonrechter en de rechtbank in de affaire-Adept daar anders over denken. In Rb. Utrecht 9 december 1992, JAR 1993/57, namen zij bij het voorbereide ‘technische’ faillissement van Adept aan dat geen sprake was van een overgang van de onderneming vóór de faillietverklaring, maar de kantonrechter overwoog dat hier anders over geoordeeld zou kunnen worden ‘[i]ndien de curatoren al voor het faillissement bemoeienis met gedaagden (cq haar bestuurders) gehad hadden’; en in beroep achtte de rechtbank kennelijk van belang dat ‘[n]iet is gesteld of gebleken dat die overdracht [...] zodanig in kannen en kruiken was dat die overdracht zelf nog maar een formaliteit betrof’.

227. Zie M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, onder ‘Medezeggenschap bij de pre-pack’. Vgl. ten aanzien van de surseance van betaling HR 6 juni 2001, NJ 2001/477 (*YVC IJsselwerf*).

228. Zie, voorzichtig, J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, onder ‘Pre-pack’ en steller I. Zaal, ‘Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden’, *ArbeidsRecht* 2013/40, par. 6 en de reactie van de Universiteit

te — gedachte gegrond dat sprake is van 'adviesopdracht' aan de beoogd curator als bedoeld van art. 25 lid 1 aanhef en onder n WOR. Dat is — zoals in paragraaf 1.5 en 1.8 aan de orde kwam — niet de rol van de beoogd curator. Duidelijkheidshalve: natuurlijk kunnen er gedurende de pre-pack 'voorgenomen besluiten' in de zin van art. 25 WOR worden genomen. Die besluiten zijn dan adviesplichtig, daargelaten de vraag of de (nood)situatie waarvan sprake kan zijn, toelaat dat aan de adviesplicht een zinvolle invulling wordt gegeven.

1.11 De 'pre-packcrediteuren'

Bijzondere aandacht is voorts op zijn plaats voor de zogenaamde 'pre-packcrediteuren'. Hiermee wordt bedoeld op diegenen die gedurende de pre-pack met de schuldenaar contracteren; of ruimer: degenen die in die periode tot schuldeiser worden. Hun positie is heikel: de pre-pack sorteert voor op het faillissement. De pre-packcrediteuren lopen het risico dat ze hun prestaties aan de schuldenaar leveren terwijl de daartegenover staande vordering onvoldaan blijft indien het faillissement wordt uitgesproken.

Het voorontwerp voorziet niet in een bijzondere positie voor hen; zij worden daarin überhaupt niet genoemd. Volgens de normale regels geldt dat hun vordering dateert van vóór de faillietverklaring zodat zij hun vordering slechts ter verificatie kunnen aanmelden.²²⁹ Van een boedelschuld is geen sprake: aan de criteria uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* is niet voldaan,²³⁰ alleen al niet omdat ten tijde van het ontstaan van de vordering er nog geen curator is aangesteld. Dat de latere curator al wel als beoogd curator fungeert, doet daar niet aan af. De beoogd curator bindt met zijn rechtshandelingen niet de boedel.

Pre-packcrediteuren hebben dus een weinig benijdenswaardige positie. Daar komt bij dat zij geen weet (kunnen) hebben van de pre-pack, terwijl zij handelen met een schuldenaar die wel van de hoed en de rand weet, met betrokkenheid van een beoogd curator die nota bene moet waken voor de belangen van de pre-packcrediteur als toekomstig lid van de gezamenlijkheid van schuldeisers.

Dat roept de vraag op of de schuldenaar en de beoogd curator niet een zekere verantwoordelijkheid tegenover de onwetende pre-packcrediteur hebben en of voor deze laatste niet toch voorzieningen moeten worden getroffen.

Zoals gezegd, wordt in het voorontwerp geen woord gewijd aan de pre-packcrediteur, maar in de concept-MvT komt diens positie indirect wel aan de orde. Verwezen wordt naar *Beklamel*:²³¹

‘Ten aanzien van schulden die voortvloeien uit verplichtingen die — al dan niet met instemming van de curator — door de onderneming zijn aangegaan in de wetenschap dat zij niet zouden kunnen worden nagekomen, geldt dat de gedupeerde contractspartij de ondernemer kan aanspreken op grond van onrechtmatige daad. In het geval van een vennootschap

van Amsterdam, vakgroep Arbeidsrecht op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/38cc86be-fa83-4c2c-aacf-fcb5da40bf96 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 8-10.

229. Zie onder meer art. 26 Fw.

230. HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291.

231. P. 23.

geldt dat haar bestuurders op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).'

Volgens *Beklamel* is een bestuurder van een vennootschap persoonlijk aansprakelijk indien hij verplichtingen aangaat, waarvan hij weet of moet weten dat de vennootschap die niet kan nakomen en geen verhaal biedt voor de daardoor veroorzaakte schade. Dat geldt natuurlijk ook gedurende de pre-pack.

De concept-MvT gaat nog verder en zet de stap naar de beoogd curator.²³²

'Zijn de verplichtingen aangegaan naar aanleiding van een "positieve" verklaring van de beoogd curator, dan zou deze mogelijk ook persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de daaruit voortvloeiende schade voor de crediteuren.'

Wat deze stap inhoudt, is allerm minst helder. Waarop heeft bijvoorbeeld de 'positieve verklaring' betrekking? De verklaring ex art. 365 lid 2 onderdeel a (ontwerp-)Fw ziet op 'rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering', maar betreft slechts de vraag of deze 'na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 tot en met 47'. Met *Beklamel* heeft dat niet zoveel te maken, noch met een andersoortige aansprakelijkheid jegens degenen jegens wie verplichtingen zijn aangegaan. Het citaat lijkt evenwel op een dergelijke aansprakelijkheid te zien, gezien de verwijzing naar 'de verplichtingen' uit het eerdere citaat, te weten 'verplichtingen die — al dan niet met instemming van de curator — door de onderneming zijn aangegaan in de wetenschap dat zij niet zouden kunnen worden nagekomen'.

Ik houd het er dan ook op dat het citaat ziet op verplichtingen die worden aangegaan in het kader van een voorbereide doorstart c.q. activatransactie. De 'positieve verklaring' kan dan die van art. 365 lid 2 onderdeel b (ontwerp-)Fw zijn, over 'onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden' of eventueel die van onderdeel c, over 'welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen'. Misschien is de opsomming in art. 365 lid 2 (ontwerp-)Fw niet limitatief en wordt bedoeld op een niet specifiek geregelde maar wel door deze bepaling bestreken verklaring;²³³ of — dat kan ook — het betreft een niet specifiek gereguleerde 'instemming' buiten het kader van de toepassing van art. 364 lid 2 (ontwerp-)Fw.

Een volgende vraag is dan wie worden bedoeld met 'de crediteuren' jegens wie aansprakelijkheid zou bestaan. In de opzet van het voorontwerp behartigt de beoogd curator de belangen van allereerst de gezamenlijke schuldeisers.²³⁴ Maar de norm uit *Beklamel* beschermt potentiële wederpartijen — of in deze context: potentiële pre-packcrediteuren. De gezamenlijke schuldeisers kunnen juist voordeel hebben van met schending van *Beklamel* aangegane transacties met pre-packcrediteuren, omdat hun prestaties de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers

232. P. 23.

233. Zie paragraaf 1.8.2.

234. Zie paragraaf 1.5 en 1.8.

doen toenemen, terwijl de tegenprestatie nimmer (integraal) ten laste van de boedel wordt voldaan.²³⁵

Het lijkt er kortom op dat met 'de crediteuren' wordt bedoeld op degenen met wie gedurende de pre-pack in strijd met de *Beklamel*-norm is gecontracteerd en dat — in weerwil van de eerdere opmerkingen in de concept-MvT — de curator een zorgplicht jegens (potentiële) pre-packcrediteuren krijgt toebedeeld.

Ik heb mij reeds eerder in de rijen geschaard van degenen die zo'n zorgplicht voorstaan.²³⁶ *Beklamel* behelst een essentiële norm in ons maatschappelijk verkeer. Het zou het draagvlak voor de pre-pack en de beoogd curator zeer ondergraven indien deze door de rechtbank aangestelde functionaris deze norm zou kunnen negeren.²³⁷ Dit gevoel leeft ook elders. Par. 6 van het SIP 16 luidt:

'An insolvency practitioner should bear in mind the duties and obligations which are owed to creditors in the pre-appointment period. They should be mindful of the potential liability which may attach to any person who is a party to a decision that causes a company to incur credit and who knows that there is no good reason to believe it will be repaid. Such liability is not restricted to the directors.'

Een erg grote stap is zo'n zorgplicht van de beoogd curator tegenover pre-packcrediteuren niet. De taak van de beoogd curator is — het kwam eerder aan de orde²³⁸ — geënt op die van de curator. En de curator behartigt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar heeft toch een zekere verantwoordelijkheid tegenover potentiële wederpartijen.²³⁹ De *Beklamel*-norm geldt ook voor de curator die 'namens de boedel' verplichtingen aangaat. Daarmee strookt dat de beoogd curator niet — door een 'positieve verklaring' of anderszins — bevordert dat door (de bestuurder van) de schuldenaar in strijd met deze norm verplichtingen worden aangegaan.

Wat mij betreft, gaat de zorgplicht van de beoogd curator verder en mag hij evenmin passief toezien hoe ongedekte verplichtingen worden aangegaan.²⁴⁰

Hij kan bij de schuldenaar aandringen dat geen ongedekte verplichtingen worden aangegaan of dat voorzieningen voor deze pre-packcrediteuren worden getroffen. Aldus geschiedde in de affaire-*Heiploeg*, waar de toezegging van de financiers was verkregen dat 'pre-packcrediteuren' zouden worden voldaan, mits (i) verplichtingen werden aangegaan die nodig zijn voor de continuering van de onderneming, (ii)

235. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 207.

236. In mijn bijdrage 'Pre-packing in the Netherlands, De beoogde "beoogd curator"', *NJB* 2014/803, p. 1104.

237. Daarvan getuigt de reactie van J.A.M. Wilmes op het voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/8aa23b07-f450-4685-a588-f1bae94b2049 (laatzetelijk geraadpleegd op 15 september 2014).

238. Zie paragraaf 1.5 en 1.8.

239. Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), 1998, hoofdstuk XVI.

240. Zie ook advies d.d. 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2014/2014-05-Advies-wetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf (laatzetelijk geraadpleegd op 15 september 2014), p. 6 en vgl. N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 208 en M.-J. Cools, 'Een doorstart in voorverpakking', *FIP* 2013, p. 275 en 277. Anders: W.J.P. Jongepier & K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, p. 196.

de verplichtingen schriftelijk waren geaccordeerd door de financiers en (iii) een betalingsvoorstel was gedaan en goedgekeurd.²⁴¹ In de affaire-*Neckermann* lijkt het gebrek aan financiële ruimte prohibitief voor een pre-pack te zijn geweest.²⁴² Het treffen van dergelijke voorzieningen is niet altijd eenvoudig. Immers, niet alleen geldt de regel uit *Beklamel* gedurende de pre-pack, ook overigens gelden de normale aansprakelijkheidsregels. De schuldenaar en zijn bestuurder moeten ook rekening houden met het leerstuk van de selectieve (wan)betaling,²⁴³ om maar te zwijgen van de (faillissements)pauliana. Hetgeen wordt betaald aan pre-packcrediteuren is niet meer beschikbaar voor de overige schuldeisers of de gezamenlijke schuldeisers. Het is zeer wel mogelijk dat gedurende de pre-pack de situatie bestaat dat de bestuurder weet of redelijkerwijs moet begrijpen dat de betalingen aan pre-packcrediteuren tot gevolg zullen hebben dat de schuldenaar andere verplichtingen niet zal kunnen nakomen en ook geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.²⁴⁴

Toch zal het in de regel mogelijk zijn tussen de Scylla van *Beklamel* en de Charybdis van de selectieve betaling te varen. Geen probleem bestaat indien de betalingen niet ten laste van het vermogen van de schuldenaar gaan, maar door een derde worden verricht.²⁴⁵ Maar ook indien die betalingen wel ten laste van het vermogen van de schuldenaar gaan, hoeft dat niet *per se* aansprakelijkheid tot gevolg te hebben; dit is met name niet het geval waar tegenover deze betalingen prestaties staan die de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers ten goede komen.

Het ware evenwel wenselijk dat de WCO I voorziet in instrumenten om – voorzien van de nodige waarborgen – de pre-packcrediteuren in een betere positie te brengen in een opvolgend faillissement. Dat gebeurt in het voorontwerp alleen met het salaris en de kosten van de beoogd curator.²⁴⁶ De gegeven rechtvaardiging – het zo laag mogelijk maken van de kosten van de afwikkeling van het faillissement en het behoud van de waarde van de onderneming²⁴⁷ – kan ook gelden voor ten minste sommige pre-packcrediteuren.

In Frankrijk kunnen partijen die in het kader van een *procédure de conciliation* 'nieuw geld' – of beter: nieuwe waarde – inbrengen in een daaropvolgende insolventieprocedure een – wat bij ons genoemd zou kunnen worden – (super)boedelschuld toegekend krijgen, die zelfs boven 'gewone' boedelschulden gaat, die op hun beurt weer boven zekerheidsgerechtigden kunnen zijn gerangschikt.²⁴⁸ In dat laatste kan men de Amerikaanse 'priming lien' herkennen, waarmee de 'debtor in posses-

241. Zie het verslag van de voormalig beoogd curatoren, p. 4 en 5, te raadplegen via www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF (laatstelijk geraadpleegd 15 september 2014).

242. Zie het 'openingsverslag/eerste faillissementsverslag', kenbaar via <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.aspx?ID=02.zwb.14.458.F.V.01> en <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.aspx?ID=02.zwb.14.458.F.V.02>, onder punt 7 (laatstelijk geraadpleegd op 15 september 2014): 'Na een eerste inventarisatie (...) bleek dat van een zuivere pre pack geen sprake was temeer omdat er geen financiële ruimte meer was voor een pre pack periode en de salarisbetalingen aanstaande waren en daaraan niet kon worden voldaan omdat de kredietruimte bij de bank inmiddels was volgelopen en ook de bank tot een verdere financiering niet wilde komen.'

243. Zie laatstelijk HR 4 april 2014, NJ 2014/195 (*V./Ingwersen q.q. en Mulder q.q.*) en HR 23 mei 2014, NJ 2014/325 (*K./Maas q.q.*).

244. Aldus het criterium uit HR 23 mei 2014, NJ 2014/325 (*K./Maas q.q.*).

245. Vgl. HR 17 januari 2014, NJ 2014/61 (*H.H./Unitco*).

246. Art. 366 lid 3 (ontwerp-Fw).

247. P. 28 concept-MvT.

248. Art. L611-11 jo. L622-17 en L641-13 Code de Commerce.

sion' — overigens wel na een beslissing van de rechter — wederpartijen een hoog — zelfs hoger dan bestaande zekerheidsrechten — gerangschikt zekerheidsrecht kan verschaffen om hen over de streep te trekken krediet te verlenen.²⁴⁹ Dat gaat wat ver, maar het lijkt mij alleszins gerechtvaardigd dat pre-packcrediteuren, indien de beoogd curator hun prestaties waarde verhogend of zelfs cruciaal acht, in een eventueel faillissement de status van boedelschuldeiser toegekend kunnen krijgen. Dit komt niet slechts ten goede aan de pre-packcrediteuren maar kan ook — in sommige gevallen — voorkomen dat de pre-pack ontijdig in een faillissement komt te verkeren.

1.12 Tot slot

De pre-pack is de Dr. Jekyll en de Mr. Hyde van het insolventierecht. Hij leent zich zowel voor waardebehoud als voor misbruik. Het is met de pre-pack niet wezenlijk anders gesteld dan met het faillissement zelf. De inspanningen moeten erop gericht zijn te bevorderen dat de positieve kanten van de pre-pack naar voren treden en te voorkomen dat er misbruik van wordt gemaakt.

Veel hangt af van de persoon van de beoogd curator. Wat dat betreft, verkeren we in Nederland in een goede uitgangspositie, omdat de beoogd curator wordt aangewezen door de rechtbank en geselecteerd uit de reguliere 'pool' van curatoren. Verbetering kan worden gebracht door de transparantie te bevorderen, nadere regels te ontwikkelen voor de wijze waarop de onderneming(sactiva) te gelde worden gemaakt en de doorstart te onderwerpen aan een meer substantiële toets dan thans het geval is — pre-pack of niet — met bij voorkeur de mogelijkheid voor schuldeisers gehoord te worden. Voorts maakt de zegetocht van de pre-pack het des te belangrijker dat de positie van de werknemers in (en rond) faillissement nadere overweging krijgt. De positie van de pre-packcrediteuren verdient verbetering, met het oog op hun gerechtvaardigde belangen én de slagkracht van de pre-pack.

249. Zie 11 USC § 364(d)(1): 'The court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt secured by a senior or equal lien on property of the estate that is subject to a lien only if (A) the trustee is unable to obtain such credit otherwise; and (B) there is adequate protection of the interest of the holder of the lien on the property of the estate on which such senior or equal lien is proposed to be granted.'